



MARTA MARQUES CASTRO

A LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO ENERGÉTICO E O PAPEL DAS ENTIDADES REGULADORAS

Dissertação com vista à
obtenção do grau de Mestre em
Direito Público

Orientador/a:

Doutora Maria Eduarda Barroso Gonçalves, Professora da
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Julho de 2014



MARTA MARQUES CASTRO

A LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO ENERGÉTICO E O PAPEL DAS ENTIDADES REGULADORAS

Dissertação com vista à
obtenção do grau de Mestre em
Direito Público

Orientador/a:

Doutora Maria Eduarda Barroso Gonçalves, Professora da
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Julho de 2014

DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO

Declaro, por minha honra, que a dissertação que apresento é original, da minha exclusiva autoria, e que a utilização de contribuições e de textos alheios está corretamente referenciada.

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

MENÇÕES DIVERSAS

ABREVIATURAS

ACER	Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
CEER	Conselho dos Reguladores Europeus da Energia
Cf.	Conferir
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGEG	Direção Geral de Energia e Geologia
ERGEG	Grupo Europeu de Reguladores da Eletricidade e do Gás Natural
ERSE	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
GNL	Gás Natural Liquefeito
N.º	Número
N.ºs	Números
<i>Ob. cit.</i>	Obra citada
P.	Página
Pp.	Páginas
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia

MODO DE CITAR

As citações a elementos bibliográficos ao longo da presente dissertação seguirão o disposto no livro *Como Pesquisar e Referir em Direito*, da autoria de JOSÉ MANUEL MEIRIM.

CARACTERES

Declaro que o corpo da presente dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 196.738 (cento e noventa e seis mil, setecentos e trinta e oito) caracteres.

RESUMO

A liberalização dos setores da eletricidade e do gás natural remonta à década de noventa, tendo sido impulsionada pelo legislador europeu. Foram aprovados três pacotes legislativos, temporalmente sucessivos, ao abrigo dos quais se foram aprofundando as medidas a implementar com o objetivo de alcançar um verdadeiro mercado único da energia. Além da abertura à concorrência dos vários mercados energéticos nacionais, ambicionou o legislador europeu construir um mercado interno da energia no seio da União Europeia. O processo de separação contabilística, jurídica e patrimonial das atividades da cadeia de valor da eletricidade e do gás natural foi um dos marcos mais relevantes deste processo. Apenas com a introdução de regras desta natureza foi possível garantir a independência dos operadores do mercado. Foi concedido a todos os consumidores um real e efetivo direito de escolha do comercializador de eletricidade e de gás natural, sendo esta atividade exercida em regime livre. Não obstante, algumas atividades da cadeia de valor da eletricidade e do gás natural, nomeadamente as atividades de transporte e distribuição, mantiveram-se sujeitas a regulação. Ainda que possa parecer contraditório, a atribuição a uma entidade reguladora independente de importantes competências e atribuições no âmbito do mercado liberalizado, e ainda de fortes poderes regulatórios, foi fundamental para alcançar os objetivos propostos. A eletricidade e o gás natural são bens públicos essenciais, pelo que os agentes que atuam nestes mercados estão legalmente sujeitos a obrigações de serviço público, tais como a segurança, a universalidade e a continuidade no

fornecimento. Contudo, o seu cumprimento poder-se-á tornar, nalguns casos, economicamente desvantajoso. Logo, a proteção dos direitos dos consumidores só poderá ser realmente salvaguardada caso exista uma entidade reguladora que supervisione o comportamento dos operadores, designadamente quanto ao cumprimento das mencionadas obrigações, e os sancione em caso de incumprimento. Portugal, enquanto Estado-Membro da União Europeia, transpôs para o ordenamento jurídico nacional as diretivas impulsionadoras do processo de liberalização. Com isto, os mercados nacionais da eletricidade e do gás natural sofreram alterações radicais. Também a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos foi sofrendo mudanças estruturais, por forma a acompanhar as exigências regulatórias introduzidas legislativamente aquando da transposição das diretivas europeias referentes ao mercado único energético.

ABSTRACT

The liberalisation of the energy market goes back to the 1990s, when it was impelled by the European legislator. Since then, three legislative packages, temporarily successive, were approved. Those packages contained the measures to be implemented in order to deepen the internal energy market. Besides the opening up of several national markets to competition, the European legislator aimed the creation of a real internal energy market within the European Union. The unbundling regime was one of the most important steps with respect to the liberalisation process. The introduction of these rules ensured independence to the various market operators. A real and effective right of choice was granted to the consumers so they may choose their electricity and natural gas supplier. Therefore, the activity of commercialisation is subject to competition. However, some activities of the electricity's and natural gas' chain of value, namely the activities of transportation and distribution, were kept under regulation rules. Even though it may seem odd, the assignment of important competences and strong powers to a regulatory authority was essential in order to achieve the liberalisation process' goals. Electricity and natural gas are essential public goods; therefore the market operators are legally bound to public service obligations, such as the security, the universality and the continuity of the supply. The performance of these obligations may become, in some cases, unprofitable for those operators. For such reason, the protection of the consumers' rights shall only be properly defended if there is a regulatory authority that monitors the behaviour of the operators and

sanctions the failure to comply with the public service obligations. Portugal, as a Member State of the European Union, transposed into the national legal order the European directives concerning the liberalisation process. This transposition has caused radical changes to the electricity and natural gas' national markets. The *Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos* also suffered various mutations in order to keep up with the regulatory demands regarding the liberalisation process.

I Introdução

Num momento em que o processo de liberalização dos mercados da eletricidade e do gás natural, com a criação de condições de elegibilidade aplicáveis a todos os consumidores, está prestes a terminar, importa fazer uma análise da sua evolução. Como veremos, a implementação de regras de concorrência em dois setores energéticos, que eram tradicionalmente controlados por empresas estatais ou por monopólios empresariais privados, verticalmente integrados e detentores de direitos exclusivos, não foi uma tarefa simples.

Contudo, nunca foi possível, em setores intimamente ligados a obrigações de serviço público, aplicar, por si só, regras de concorrência. A importância da regulação nestes setores, como contemplaremos, é crucial, uma vez que supre as insuficiências que a mera concorrência revelaria. *"The idea of 'regulation for competition' may seem perverse. After all, the aim of liberalization and deregulation is to allow competition to do the work of regulating rather than to leave it to a regulator. However, as competition will not naturally occur in markets where natural monopolies of transportation exist, it is necessary for regulation to provide for a surrogate for competition"*¹.

Na primeira parte da presente dissertação, far-se-á um enquadramento teórico dos conceitos básicos que serão fundamentais para entender a temática que propomos aprofundar.

¹ PETER CAMERON, *Competition in Energy Markets*, p.21.

Na segunda parte, abordar-se-á o processo de liberalização em duas vertentes. Num primeiro momento, será analisada a influência da União Europeia e do legislador europeu no âmbito da liberalização dos mercados da eletricidade e do gás natural, passando-se em revista a evolução legislativa. Depois, focar-se-á o exemplo português, explicando como foram transpostas para o direito nacional as iniciativas europeias relevantes no mercado energético. Aí importará ainda elaborar um esboço da cadeia de valor da eletricidade e do gás natural, demonstrando como ela se desenvolve, atualmente, no nosso país.

Em suma, ao longo da presente dissertação pretende-se analisar em que moldes foi assegurada a concorrência, e os interesses que lhe são inerentes, nos setores da eletricidade e do gás natural. Para tal, torna-se essencial descrever o desenvolvimento do processo de liberalização nestes dois setores, aprofundando a respetiva análise no tocante às medidas que foram adotadas a nível europeu e, concomitantemente, os moldes perfilhados pelo legislador português para as transpor para o ordenamento nacional. Tornar-se-ão facilmente perceptíveis as particularidades do setor energético português que tiveram que ser acauteladas no momento de transposição, especialmente no setor do gás natural.

Por outro lado, é necessário salientar que os setores da eletricidade e do gás natural são considerados serviços públicos essenciais, pelo que existem obrigações de serviço público a ser observadas. Desta feita, e para efeitos de avaliação do cumprimento das referidas obrigações de serviço público, torna-

se essencial retratar a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos desde a sua génese até aos dias de hoje.

Versar-se-á, portanto, a questão da regulação no âmago destes dois setores. À semelhança dos capítulos anteriormente descritos, será feita uma análise do impulso europeu, acompanhada de uma breve exposição das iniciativas europeias que foram desenvolvidas neste âmbito, e, posteriormente, um estudo da realidade nacional. Propomo-nos a explicar, neste ponto, qual o papel das entidades reguladoras, em especial da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos. Importará refletir sobre as competências e atribuições que estão designadas à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos num momento em que o processo de liberalização do mercado energético está prestes a terminar. Pretende-se perceber qual o campo de atuação e os poderes regulatórios que a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos dispõe num momento em que o setor energético já se encontra sujeito a regras de economia de mercado, numa lógica concorrencial.

Intentar-se-á aferir sobre a necessidade de existência de uma entidade reguladora do setor energético num mercado liberalizado. Qual a sua relevância? Quais as suas atribuições? Terão poderes suficientes para cumprir os seus objetivos? Em suma, que margem de atuação tem num mercado liberalizado?

Face à atualidade do tema, às constantes mutações que estes mercados sofrem, às consequências que tais mudanças acarretam para o quadro das políticas e opções legislativas europeias e, consequentemente, nacionais, ao caráter estratégico da energia, e ainda, perante uma lacuna de

formação a nível de direito da energia, que se pretende colmatar com a elaboração desta dissertação, foi este o tema escolhido para a dissertação de mestrado em Direito Público.

II Enquadramento Geral

1. A evolução das funções do Estado na economia

A partir das duas últimas décadas do século XX, com a crise do Estado Social intervencionista, iniciou-se um movimento de reconfiguração do papel do Estado na economia, passando este a assumir, essencialmente, um papel de regulador, em detrimento de um papel de empresário ou produtor. O Estado regulador intervém na economia incentivando ou proibindo a atividade de terceiros em determinados setores, adotando um papel de agente exterior ao mercado; afastando-se assim de uma intervenção direta (o que sucedia no Estado empresário), segundo a qual o Estado produz e distribui bens e serviços, reservando para si o exercício ou limitando, em grande medida, a concorrência numa determinada atividade ou setor económico². A referida reconfiguração deveu-se ao recuo da intervenção direta estadual e à conseguinte abertura dos mercados aos agentes privados nos setores públicos tradicionais, isto é, nos chamados setores básicos, como sejam os setores das telecomunicações, da energia, da água e dos transportes.

As razões técnicas, económicas e sociais que no passado haviam ditado o monopólio público de exploração, desenvolvimento e gestão dos setores básicos deixaram de fazer sentido com os desenvolvimentos tecnológicos e o consequente despertar do interesse de investimento e exploração nestes mercados por parte dos agentes privados. Procurando não adotar uma postura

² Cf. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES E MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, p. 65.

de mero protetor do correto funcionamento do mercado, semelhante à posição de um Estado Liberal, criou-se um modelo de Estado garante ou Estado regulador. Nesta ótica, a sua intervenção na economia passou a ter por objetivo a efetiva prestação dos serviços considerados de interesse público, assim como o correto funcionamento dos mercados agora privatizados, salvaguardando ainda a proteção dos direitos dos cidadãos, designadamente do direito a beneficiar, em condições acessíveis, dos serviços considerados de interesse geral³. O conceito de regulação não contempla assim, em rigor, a intervenção pública na economia, porquanto o Estado assume a posição de um “estranho” ao exercício efetivo da atividade regulada; ele “interfere, intromete-se apenas para definir as regras de desenvolvimento da atividade, com a finalidade de a orientar, bem como para implementar e fiscalizar a verificação de tais regras e punir o desrespeito do que nelas se estipula”⁴.

A redução da intervenção direta do Estado na economia tem sido acompanhada por processos de liberalização de diversos setores económicos e de abertura à concorrência (pense-se, por exemplo, no processo de liberalização, já finalizado, do setor das telecomunicações). Nos setores dos serviços públicos essenciais, que têm sido alvo de vários processos de liberalização, não se assistiu a um esvaziamento do papel do Estado, mas antes um reforço da sua vertente reguladora⁵. Com a abertura destes setores às regras de mercado e de concorrência, surgem vários operadores no mercado, pelo que

³ PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*, pp. 7-12.

⁴ PEDRO GONÇALVES, *Ob. cit.*, p. 15.

⁵ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES E MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Ob. cit.*, p. 67.

se torna fundamental que o Estado garanta o respeito pelas regras de concorrência, uma vez que se trata de setores basilares numa sociedade, nos quais é fulcral garantir a qualidade dos bens, a sua disponibilidade e a continuidade no fornecimento dos mesmos.

A CRP foi acompanhando as alterações *supra* expostas tendo, em 1997, com a IV Revisão Constitucional, sido aditado o seguinte princípio, considerado determinante⁶: “liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista”⁷. Na IV Revisão Constitucional, a Assembleia da República entendeu que a eliminação do princípio da “apropriação coletiva de meios de produção” (cf. CRP 1982, 1989 e 1992) deveria ser eliminado, pois a alternativa lógica a esse princípio seria “a ideia de que os meios de produção se mantêm na propriedade privada, não obstante, obviamente, estarem adstritos à satisfação ou à prossecução do interesse coletivo, sempre que assim o exija a lei, o que significa necessariamente que, em matéria de alínea c) do artigo 80.º, (...) devemos não apenas eliminar o princípio da apropriação coletiva dos meios de produção, mas também transformá-lo no sentido de que, mantendo-se a propriedade, no essencial, nas mãos privadas, ela deve, apesar de tudo, ser subordinada à lei na parte em que seja necessária para satisfazer o interesse coletivo ou na parte em que deva cumprir aquilo a que se designa a sua função social”⁸. A conceção de que algumas

⁶ “A proposta tem a ver, precisamente com o artigo 80.º, mais em concreto com a alínea c), que julgo ser decisiva nesta revisão constitucional” (IV Revisão Constitucional, 2.ª Sessão Legislativa, Diário n.º 98, 18 de julho de 1997, p. 3595).

⁷ Cf. Al. c) do artigo 80.º da CRP 1997.

⁸ IV Revisão Constitucional, 2.ª Sessão Legislativa, Diário n.º 98, 18 de julho de 1997, p. 3596.

atividades económicas, ainda que estejam sujeitas às regras de concorrência de mercado, devem cumprir objetivos de satisfação do interesse coletivo é o núcleo do conceito de Estado regulador.

Tendo sido reconhecido o papel fundamental que desempenha um mercado concorrencial, ainda na IV Revisão Constitucional, considerou a Assembleia da República que seria apropriado fundir as als. e) e f) do artigo 81.º da CRP 1982, 1989 e 1992, uma vez que a questão dos monopólios e da eficiência dos mercados e da economia estão intimamente relacionadas; ora vejamos: “o problema não se põe em termos de maldade necessária ou de proibição dos monopólios mas, sim, em termos de enquadramento dos monopólios numa perspetiva de funcionamento adequado e eficiente dos mercados. Os monopólios não são um mal necessário em si próprios, mas são sempre um mal quando ponham em causa o são, normal e eficiente funcionamento dos mercados”⁹. O Estado foi encarregue de “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”¹⁰. Trata-se de um princípio em que é incumbido ao Estado, por um lado, o dever de assegurar o normal funcionamento dos mercados com práticas adequadas de concorrência¹¹ e, por outro lado, a

⁹ IV Revisão Constitucional, 2.ª Sessão Legislativa, Diário n.º 32, 2 de novembro de 1996, p. 965.

¹⁰ Cf. Al. f) do artigo 81.º da CRP.

¹¹ “A concorrência é uma lei própria dos mercados e que se opera dentro dos mesmos, cabendo ao Estado regulamentar a matéria por forma a impedir práticas lesivas do funcionamento dessa concorrência. Não é o Estado que faz a

preocupação pela defesa dos interesses coletivos, especialmente, dos consumidores.

A União Europeia também foi demonstrando preocupação em regular estas matérias, nomeadamente através do TFUE, no que respeita à aplicação das regras de concorrência a empresas que atuem nos setores dos serviços públicos essenciais, senão vejamos: “as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral (...) ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada”¹².

2. O conceito de liberalização

O ato de liberalizar consiste, em termos simplista, em tornar um sistema político ou legislativo menos rígido¹³. Neste sentido, a liberalização de um determinado setor de atividade económica refere-se a um processo marcado pela diminuição da intervenção governamental, a nível legislativo e regulamentar, pelo levantamento de barreiras e restrições à iniciativa privada, primando pela entrada de operadores económicos privados, pelo incentivo ao comércio livre e pela eliminação de sistemas de controlo de preços (dos quais destacamos, devido à relevância no cerne da presente dissertação, as tarifas reguladas).

concorrência ser boa, ser má ou ser assim, assim. Cabe-lhe, isso sim, num Estado de direito como aquele que defendemos, regulamentar os mercados por forma a impedir a ocorrência de práticas lesivas da concorrência”. IV Revisão Constitucional, 2.ª Sessão Legislativa, Diário n.º 32, 2 de novembro de 1996, p. 967.

¹² Cf. N.º 2 do artigo 106.º do TFUE.

¹³ Cf. SALLY WEHMEIER, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, p. 740.

Deste modo, a liberalização refere-se a um processo de abertura do mercado que envolve, no mínimo, o levantamento de barreiras legais aplicáveis ao comércio. Contudo, esta afirmação não é bastante. Para que haja um verdadeiro processo de liberalização, é necessário que o mercado possibilite a atuação dos agentes económicos num ambiente competitivo e concorrencial. Defendem alguns autores que seguindo esta orientação não intervencionista, ou seja, no âmbito de um mercado livre baseado em critérios concorrenciais, as forças de mercado farão, por si só, uma distribuição “natural” dos recursos, aumentando, conseqüentemente, o bem-estar geral de uma sociedade¹⁴.

Perante tal definição, é possível concluir, desde já, que se torna fundamental que os consumidores tenham liberdade de escolha dos seus fornecedores de bens e/ou prestadores de serviços. Apenas sendo os consumidores capazes de optar livremente, poderão os operadores económicos atuar num ambiente verdadeiramente concorrencial.

Outro aspeto fulcral traduz-se na possibilidade de entrada de novos agentes no mercado. Neste sentido, as empresas devem comportar-se segundo as regras normais de um mercado sujeito às regras da concorrência, no seio do qual uma empresa que não tenha lucro, poderá enfrentar um processo de insolvência¹⁵.

¹⁴ Cf. DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *Rethinking Poverty*, p. 97.

¹⁵ Cf. PETER CAMERON, *Ob. cit.*, p.33.

3. O conceito de regulação

A regulação consiste no conjunto de medidas legislativas ou regulamentares através das quais os poderes públicos, por si ou por delegação, determinam ou influenciam a atuação dos operadores económicos no mercado, tendo por objetivo evitar que a sua atuação inflija qualquer lesão nos interesses socialmente legítimos e protegidos, nomeadamente a nível constitucional¹⁶. Atualmente, e num sentido mais restrito, o conceito de regulação está diretamente relacionado com as entidades independentes competentes para regulamentar os comportamentos dos agentes económicos e para resolver conflitos nos setores dos serviços públicos essenciais¹⁷.

O conceito de regulação pode corresponder, de um ponto de vista material, tanto a uma regulação geral ou transversal como uma regulação setorial, isto é, ora se dirige a toda a economia, como acontece com as normas de defesa da concorrência ou do ambiente; ora se aplica a um determinado setor económico, tipo de empresa ou de atividade, abrangendo apenas os agentes económicos que nele atua¹⁸. Estas normas regulatórias de natureza geral ou setorial podem ser emanadas pelo legislador ou pela própria Administração Pública, sob a forma de regulamentos, sendo que estas regras se irão aplicar quer a entidades privadas quer a empresas com capital público.

¹⁶ Cf. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES E MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Ob. cit.*, p. 181.

¹⁷ Note-se que não existe apenas regulação e entidades reguladoras em setores dos serviços públicos essenciais. Estes mecanismos podem também aplicar-se em setores privados, como por exemplo, no mercado dos valores mobiliários ou no setor bancário.

¹⁸ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES E MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Ob. cit.*, p. 184.

Conforme os objetivos que tendam a atingir, as medidas de regulação poderão ser categorizadas¹⁹. Existem medidas regulatórias cuja função principal é condicionar a liberdade de iniciativa económica. Englobam-se nesta categoria de regulação medidas que proíbam ou restrinjam o acesso a uma determinada atividade mediante o preenchimento de requisitos prévios. Os regimes de acesso e de licenciamento para exercício de uma determinada atividade económica são o exemplo mais óbvio deste tipo de regulação. Em economias de mercado, ainda que o princípio regente seja o da liberdade de acesso e de livre exercício das atividades económicas, tal não significa que não possam ser estipuladas proibições ou restrições. Outra categoria pertinente é a que abrange as medidas de regulação aplicáveis nos setores de atividade que foram alvo de processos de liberalização, correspondendo a medidas que são implementadas por entidades reguladoras²⁰. Ainda que este tipo de regulação esteja relacionado com o exposto anteriormente, distingue-se daquele pelo facto de ter uma atuação pró-ativa, ou seja, assumindo uma postura de correção das falhas do mercado, de estimulação da eficiência do mesmo, de proteção da concorrência, de salvaguarda das obrigações de serviço público, designadamente pela mitigação das falhas de informação dos consumidores.

¹⁹ Segundo ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES E MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Ob. cit.*, pp. 184-186, existem seis tipos de regulação, contudo apenas abordaremos os que relevarão para o desenvolvimento da presente dissertação.

²⁰ A doutrina portuguesa utiliza outras expressões para nomear estas entidades, tais como “entidades administrativas independentes”, “autoridades reguladoras independentes”; optámos pela utilização da expressão “entidade reguladora” pelo próprio nome da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

Por fim, existem mercados que são monopólios naturais, nos quais o aproveitamento das economias de escala é fulcral por razões tecnológicas e económicas²¹. Nestes, a intervenção do Estado, através da instância da regulação, deve funcionar como um substituto da concorrência, assumindo um papel de garante dos direitos dos consumidores. Nestes mercados, o objetivo principal da entidade reguladora competente será garantir que o mercado em causa funciona de acordo com regras semelhantes às que funcionaria se se tratasse de um mercado sujeito a regras de concorrência. Para tal, compete-lhe impedir a prática de determinados comportamentos passíveis de distorcer a concorrência, designadamente a adoção de comportamentos predatórios ou de posições dominantes.

4. Os serviços públicos essenciais

Como vimos no início do presente capítulo, o Estado empresário assumiu o exercício de várias atividades económicas consideradas de interesse geral, perspetivando a satisfação direta das necessidades dos cidadãos em diversos setores. Neste contexto surgiu o conceito de serviços públicos essenciais, ou seja, atividades de interesse geral, tendo sido assumidas pelo Estado por se entender que as mesmas “se traduzem na satisfação de necessidades coletivas e não podem ficar na disponibilidade de particulares, devendo ser desenvolvidas de

²¹ Como veremos adiante nesta dissertação, as redes de transporte de eletricidade e de gás natural são monopólios naturais, exploradas, geridas e mantidas por uma única entidade.

forma diferente daquela que resulta da livre iniciativa privada”²².

A assunção da prestação destes serviços pelo poder público tinha como fim primordial a garantia de certos objetivos, tais como a segurança no abastecimento, a continuidade do fornecimento, a universalidade, a equidade, a acessibilidade económica e a qualidade do serviço (objetivos estes que atualmente ainda se encontram na base dos serviços públicos essenciais), por se considerar que o mercado por si só não seria capaz de os garantir.

Naturalmente, pela evolução que descrevemos acima, o modelo de exercício destes serviços pelo Estado começou a ser posto em causa, não só pelo crescimento do mercado interno europeu, mas também pelo desenvolvimento das regras de livre concorrência numa economia de mercado. Por tal, estes setores da economia começaram a ser progressivamente abertos à iniciativa privada, tendo tal abertura sido acompanhada pelo surgimento de noções como “serviço universal” e “obrigação de serviço público”, como forma de garantir que todos os cidadãos, independentemente da sua situação económica, social e geográfica, continuariam a usufruir, em condições de igualdade, de serviços de qualidade e a preços acessíveis²³.

Não existe na legislação portuguesa ou europeia²⁴ uma definição expressa de serviço público essencial, tendo cabido à doutrina e

²² CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL, *Os Serviços de Interesse Geral (Parte I)*, p. 9.

²³ Cf. CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL, *Ob. cit.*, p. 10.

²⁴ A Lei n.º 23/96, de 26 de julho, com as respetivas alterações, identifica os serviços públicos essenciais no seu artigo 1.º, mas não define o conceito. A nível europeu, no artigo 14.º do TFUE é mencionada a expressão “serviços de interesse económico geral”, mas também aí não se encontra uma definição.

à jurisprudência o seu aprofundamento. Ora, neste sentido, por serviço público essencial entende-se “o serviço de natureza económica submetido a obrigações de serviço público em virtude do interesse geral que representa a sua acessibilidade universal”²⁵. Por outro lado, também não se encontra, até ao momento, definido expressamente um elenco de quais são as obrigações de serviço público. O Conselho Económico e Social destaca as seguintes obrigações: (i) garantia de funcionamento dos serviços e da segurança do abastecimento; (ii) garantia da universalidade do serviço (abastecimento de todo o território e de todos os cidadãos); (iii) garantia da igualdade de acesso aos consumidores; (iv) garantia da qualidade e da continuidade do abastecimento²⁶.

O Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, estabeleceu alguns princípios orientadores para as empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral²⁷, que ainda hoje em dia se encontram atuais: (i) prestar os serviços de interesse público no conjunto do território nacional, sem discriminação das zonas rurais e do interior; (ii) promover o acesso da generalidade dos cidadãos, em condições financeiras equilibradas, procurando, que todos os

²⁵ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES E MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Ob. cit.*, p. 325.

²⁶ Cf. CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL, *Ob. cit.*, p. 11.

²⁷ O Decreto-Lei n.º 558/99 introduziu através do seu artigo 19.º, pela primeira vez no ordenamento jurídico português, a noção de “empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral”, a qual relaciona diretamente serviços públicos essenciais e obrigações de serviço público. Não consideramos, ainda assim, que este diploma legal tenha definido expressamente “serviço público essencial” e tão-pouco que tenha introduzido o conceito de “obrigações de serviço público”, ainda que elenque algumas das obrigações que são atualmente consideradas obrigações de serviço público.

utilizadores tenham direito a tratamento idêntico e neutro, quer quanto ao funcionamento dos serviços, quer quanto a taxas ou contraprestações devidas; (iii) garantir o fornecimento de serviços ou a gestão de atividades cuja rendibilidade não se encontra assegurada, em especial devido aos investimentos necessários ao desenvolvimento de infraestruturas ou redes de distribuição; (iv) zelar pela eficácia da gestão das redes, procurando, designadamente, que a produção, o transporte e a distribuição, a construção de infraestruturas e a prestação do conjunto de tais serviços se procedam de forma articulada; (v) cumprir obrigações específicas, relacionadas com a segurança, com a continuidade e qualidade dos serviços e com a proteção do ambiente, devendo tais obrigações ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e suscetíveis de controlo²⁸.

A imposição pelo Estado de obrigações de serviço público aos agentes económicos que operam nos respetivos setores prende-se com o reconhecimento de que o mercado, somente sujeito às regras de livre concorrência, não está apto para atender a estas necessidades coletivas. Noutra perspetiva, os investimentos feitos nestes setores tenderão a observar estas exigências de serviço público, uma vez que os operadores têm que assegurar as necessidades da sociedade, por outras palavras, a lógica subjacente aos investimentos em setores públicos essenciais será distinta daquela aplicável em setores que se regem somente por critérios de mercado.

Face ao exposto, conclui-se que a atuação dos operadores de mercado nos setores dos serviços públicos essenciais não pode

²⁸ Cf. Als. a), b), d), e) e f) do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 558/99.

ser inteiramente sujeita a regras de economia de mercado e de livre concorrência; a existência de regulação nestes setores é elementar para que as obrigações de serviço público sejam asseguradas. Para tal, devem existir entidades reguladoras, dotadas de poderes bastantes para controlar o cumprimento das obrigações *supra* descritas, garantir os direitos dos consumidores e aplicar sanções quando tal se revele necessário.

Ainda que, tal como se referiu, não exista na legislação nacional ou europeia uma definição do conceito de “serviços públicos essenciais”, importar frisar que as diretivas da União Europeia que norteiam o funcionamento de setores abrangidos por tais obrigações de serviço público, contêm um enquadramento preciso da forma como os serviços em análise devem ser fornecidos. Destacamos, por razões óbvias, as diretivas referentes aos setores da eletricidade e do gás natural. Como veremos adiante nesta dissertação, compete às entidades reguladoras, criadas por legislação nacional em observância da legislação europeia, assegurar o cumprimento das obrigações de serviço público.

5. A política energética

O direito económico nacional tem sido influenciado, nas últimas décadas, pelo direito da União Europeia. Esta tendência é particularmente acentuada no caso do direito da energia, nomeadamente no que respeita ao setor da eletricidade e do gás natural. Estes produtos energéticos são qualificados como mercadorias, pelo que gozam da proteção conferida pelo direito à livre circulação de mercadorias constante dos artigos 28.º e

seguintes do TFUE. Os produtos energéticos são considerados produtos especiais e estratégicos. Como consequência da liberalização dos mercados e da harmonização das regras comuns relativas aos mercados internos da eletricidade e do gás natural, como veremos adiante, tem-se assistido a uma progressiva abertura à concorrência nestes mercados. Assim, os operadores económicos no mercado energético dos Estados-Membros encontram-se sujeitos às leis da concorrência dos artigos 101.º e seguintes do TFUE.

Atualmente, o TFUE consagra apenas um artigo sobre a energia: o artigo 194.º. Mediante a análise desta norma são facilmente perceptíveis os principais objetivos da política energética da União Europeia: *(i)* melhoria da proteção ambiental; *(ii)* garantia da segurança do aprovisionamento energético; e *(iii)* promoção da eficiência energética, incluindo o desenvolvimento das energias renováveis.

A nível nacional, a organização económica portuguesa assenta em diversos princípios, entre os quais salientamos a adoção de uma política nacional de energia²⁹. Acresce ainda que um dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente é o direito ao ambiente. Desta feita, deverá haver uma integração de objetivos ambientais no âmbito das políticas energéticas³⁰. Não obstante a indubitável importância social e económica do direito fundamental ora mencionado, cumpre-nos referir que o tema da proteção ambiental não merecerá uma abordagem profunda no âmbito da presente dissertação.

²⁹ Cf. Al. m) do artigo 88.º da CRP.

³⁰ Cf. Al. f) do n.º 2 do artigo 66.º da CRP.

III A Liberalização dos Mercados da Eletricidade e do Gás Natural

1. O impulso europeu no movimento de liberalização dos mercados da eletricidade e do gás natural

Aquando do início do movimento de liberalização do mercado interno de energia, a União Europeia optou por legislar somente sobre os setores da eletricidade e do gás natural, afastando os produtos petrolíferos deste processo. A razão que esteve na base dessa decisão prendeu-se com as próprias características dos produtos. Ora vejamos: por um lado, os produtos petrolíferos são distribuídos e comercializados em postos de abastecimento, configurando um mercado concorrencial; por outro lado, a eletricidade e o gás natural necessitam de infraestruturas físicas (leia-se redes) para serem transportados e distribuídos até ao consumidor final³¹. Esta particularidade levou a União Europeia a legislar com o objetivo de aplicar às atividades reconhecidas como monopólios naturais (transporte e distribuição) normas regulatórias, separando-as das atividades que são passíveis de serem, de uma forma natural (isto é, sem intervenção do Estado), submetidas às regras da concorrência.

À criação de um mercado único de eletricidade e de gás natural estiveram subjacentes três princípios basilares da política energética europeia: (i) o aumento da concorrência mediante a prestação de um melhor serviço, acompanhado da redução dos preços; (ii) a segurança no abastecimento; e (iii) a proteção dos consumidores. Os preços praticados nos setores da eletricidade

³¹ Cf. PETER CAMERON, *Ob .cit.*, p.21.

e do gás natural variavam drasticamente entre Estados-Membros e até mesmo dentro dos próprios territórios nacionais, realidade que não era meramente explicável pelas diferenças nas condições de abastecimento³². Estas variações nos preços eram causadoras de grandes distorções de concorrência no seio da União Europeia. Por outra, a integração dos mercados potencia o aumento da eficiência, uma vez que favorece sinergias e economias de escalas, reduzindo-se, desta forma, os custos de abastecimento e aumentando a sua segurança³³. Como veremos ao longo da presente dissertação, a União Europeia não ambicionou apenas a liberalização dos mercados nacionais de cada um dos Estados-Membros, mas também, e primordialmente, a criação de um mercado interno europeu em pleno funcionamento³⁴.

O estabelecimento do mercado interno de eletricidade iniciou-se em 1990 com a publicação das diretivas comunitárias 90/377/CEE, do Conselho, de 29 de junho, relativa ao processo de transparência dos preços ao consumidor final industrial e 90/547/CEE, do Conselho, de 29 de outubro, respeitante ao trânsito de eletricidade nas grandes redes.

A primeira fase de construção do mercado interno de gás natural iniciaria apenas um ano mais tarde com a publicação da Diretiva 91/296/CEE, de 31 de maio, relativa ao trânsito de gás natural nas grandes redes, visando facilitar as trocas nas

³² Note-se que estas diferenças ainda não desapareceram completamente.

³³ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Abertura à Concorrência: Lançamento do Mercado Único Europeu no Setor do Gás Natural*, p. 5.

³⁴ "The aim is to create not 15 open national markets, but one real internal market". COMISSÃO EUROPEIA, *Towards a Single Energy Market in 2005*, p. 3.

referidas redes, garantindo a qualidade e segurança no abastecimento.

1.1 A Diretiva 96/92/CE, de 19 de dezembro

Apenas no ano de 1996 foi aprovada a primeira diretiva comunitária que estabeleceria as regras comuns para o mercado interno da eletricidade: a Diretiva 96/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro. A criação do mercado interno da eletricidade assentou em dois princípios basilares da construção europeia: um espaço sem fronteiras e a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais. Neste sentido, a criação de um mercado interno da eletricidade iniciou-se, naturalmente, pela abertura do mesmo à livre concorrência. A Diretiva 96/92/CE ficou ainda marcada pela evocação de algumas preocupações inerentes ao próprio mercado: (i) a racionalização da produção, do transporte e da distribuição; (ii) a segurança no abastecimento; (iii) a competitividade da economia; e (iv) a proteção do ambiente.

O legislador europeu considerou ser essencial estabelecer regras comuns para a produção de eletricidade e para a exploração das redes de transporte e das redes de distribuição. A abertura do mercado da produção de eletricidade nos Estados-Membros efetuar-se-ia pelo estabelecimento de um de dois procedimentos: o de autorização e o de adjudicação por concurso³⁵. Por outro lado, foi estipulado que a rede de transporte, responsável pelo transporte de energia elétrica desde as unidades de produção até aos grandes centros de

³⁵ Artigo 4.º da Diretiva 96/92/CE.

consumo, deveria ser gerida e controlada de modo centralizado, surgindo assim a figura do Operador da Rede de Transporte³⁶. No mesmo sentido, os Estados-Membros deveriam designar um ou vários Operadores da Rede de Distribuição³⁷ para áreas geográficas delimitadas³⁸.

O primeiro grande marco na separação das atividades que compõem a cadeia de valor da eletricidade foi, a nosso ver, a imposição estabelecida no n.º 3 do artigo 14.º da Diretiva 96/92/CE. Segundo este preceito, as empresas de eletricidade integradas deveriam manter, na sua contabilidade interna, contas separadas para as atividades de produção, transporte e distribuição, “como lhes seria exigido se as referidas atividades fossem exercidas por entidades distintas”.

Desde logo, a Diretiva 96/92/CE estabeleceu a possibilidade dos Estados-Membros imporem às empresas do setor elétrico obrigações de serviço público, nomeadamente quanto à segurança, à regularidade e qualidade no abastecimento, ao preço dos fornecimentos e à proteção do ambiente³⁹.

Segundo o artigo 19.º da Diretiva 96/92/CE, os Estados-Membros deveriam especificar quais os clientes que cumpriam as quotas de mercado nacional aí estabelecidas, ou seja, os clientes elegíveis para o processo de transição para o mercado livre da eletricidade. Nos primeiros três anos de vigência da referida Diretiva, seriam elegíveis os clientes com consumo

³⁶ Artigo 7.º da Diretiva 96/92/CE.

³⁷ A rede de distribuição de eletricidade é composta pelas redes elétricas primárias (redes de média tensão) e pelas redes elétricas secundárias (redes de baixa tensão). Estas redes atendem os grandes centros de consumo, entre os quais, os consumidores domésticos e industriais.

³⁸ N.º 2 do artigo 10.º da Diretiva 96/92/CE.

³⁹ N.º 2 do artigo 3.º da Diretiva 96/92/CE.

superior a 40 GWh; nos três anos imediatamente seguintes, seriam elegíveis os clientes com consumo superior a 20 GWh; seis anos após da entrada em vigor da Diretiva, seriam elegíveis os clientes com consumo superior a 9 GWh.

1.2 A Diretiva 98/30/CE, de 22 de junho

Seguindo a tendência do mercado elétrico, em 1998 foi publicada a primeira diretiva comunitária relativa às regras comuns para o mercado do gás natural: a Diretiva 98/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho. Em linha com os objetivos comunitários, o mercado interno do gás natural somente seria passível de ser atingido num espaço sem fronteiras, no qual houvesse uma livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais. A concretização de um mercado concorrencial constituiria o passo fundamental para a criação do mercado interno da energia.

O mercado do gás natural encontrava-se em diferentes fases de desenvolvimento nos vários Estados-Membros, tendo a Diretiva 98/30/CE considerado esta particularidade no seu clausulado. A mencionada Diretiva estabeleceu as regras comuns para a organização e funcionamento do setor do gás natural, assim como os princípios gerais de enquadramento, estipulando, contudo, que caberia aos Estados-Membros optar pelo regime que melhor se adequasse à situação nacional. Para a construção ou exploração de instalações de gás natural os Estados-Membros poderiam estabelecer um regime de autorização, sob a

forma de licença, permissão, concessão, consentimento ou aprovação⁴⁰.

O legislador europeu preocupou-se com as obrigações de serviço público, defendendo que os Estados-Membros deveriam impor essas mesmas obrigações aos agentes económicos que atuam no mercado, garantindo, deste modo, aspetos essenciais que a concorrência, por si só, não seria capaz de garantir. A este respeito, no n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva 98/30/CE, encontra-se estabelecido que os Estados-Membros podem obrigar as empresas de distribuição e de fornecimento de gás natural a abastecer os clientes localizados em áreas mais remotas. Mais, as empresas de distribuição estão vinculadas ao desenvolvimento de redes de distribuição em condições economicamente viáveis, com segurança e respeito pelo ambiente.

Outra questão fulcral abordada nesta Diretiva foram as posições dominantes e os comportamentos predatórios⁴¹, que deveriam ser evitados, nomeadamente quanto às empresas de transporte e de armazenamento⁴² e quanto às empresas de distribuição⁴³. Como referido anteriormente, o mercado do gás natural era explorado e gerido em monopólio, pelo que as entidades monopolistas continuaram a deter uma posição dominante nos mercados nacionais. Contudo, com o processo de liberalização, a posição dessas entidades nos mercados nacionais dos Estados-Membros começou a ser ameaçada, pelo que se tornou fundamental a imposição de um princípio de não discriminação

⁴⁰ Artigo 4.º da Diretiva 98/30/CE.

⁴¹ Artigo 22.º da Diretiva 98/30/CE.

⁴² N.º 2 do artigo 7.º da Diretiva 98/30/CE.

⁴³ N.º 2 do artigo 10.º da Diretiva 98/30/CE.

no acesso às redes às mencionadas entidades⁴⁴, sob pena de ser vedado o acesso a terceiros e condicionada a abertura do mercado às regras de livre concorrência.

À semelhança do que acontecera no setor da eletricidade, também no setor do gás natural foi imposto às empresas integradas que mantivessem, na sua contabilidade interna, contas separadas para as atividades de transporte, de distribuição e de armazenamento de gás natural, “como lhes seria exigido se as referidas atividades fossem exercidas por entidades distintas”⁴⁵.

Relativamente ao acesso às redes, os Estados-Membros poderiam adotar um ou os dois processos previstos nos artigos 15.º e 16.º da Diretiva 98/30/CE, respetivamente o acesso negociado, mediante contratos de fornecimento com base em acordos comerciais voluntários, e o acesso regulamentado, com base em tarifas e outras condições para utilização da rede. Neste âmbito, e nos termos do artigo 18.º da Diretiva 98/30/CE, os Estados-Membros deveriam ainda especificar quais os clientes com capacidade jurídica para adquirir gás natural nos termos dos processos de acesso às redes supramencionados. A Diretiva 98/30/CE estabeleceu que seriam elegíveis, no mínimo, os produtores de eletricidade a partir de gás natural e outros clientes com consumo anual superior a 25 milhões de metros cúbicos; a abertura de mercado nesta primeira fase deveria equivaler a, pelo menos, vinte por cento do consumo total anual

⁴⁴ Considerou a Comissão Europeia que o princípio da não discriminação foi o mais importante no âmbito da Diretiva em apreço. Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Abertura à Concorrência: Lançamento do Mercado Único Europeu no Setor do Gás Natural*, p. 11.

⁴⁵ N.º 3 do artigo 13.º da Diretiva 98/30/CE.

de gás natural no mercado nacional. Cinco anos após a publicação da Diretiva, a referida percentagem deveria aumentar para vinte e oito por cento, através da redução do limite de consumo para clientes com um consumo anual superior a 15 milhões de metros cúbicos. Finalmente, dez anos após a entrada em vigor da Diretiva, a percentagem deveria atingir trinta e três por cento, mediante a redução do limite de consumo para clientes com um consumo anual superior a 5 milhões de metros cúbicos.

Tal como referido acima, o legislador comunitário teve consideração pelas diversas fases de desenvolvimento dos mercados nacionais, motivo pelo qual incluiu no analisado artigo 18.º, no seu n.º 7, uma exceção às exigências de abertura de mercado: “no que se refere aos mercados emergentes, a progressiva abertura de mercado (...) passará a ser aplicável a partir do momento em que expirar a derrogação prevista no n.º 2 do artigo 26.º”, ou seja, a partir do momento em que o mercado deixe de ser considerado emergente⁴⁶.

1.3 As Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE, de 26 de junho

Em 2003 foi notório o esforço empregue na tarefa de aproximação das regras comuns para o mercado da eletricidade e para o mercado do gás natural. A primeira evidência foi a

⁴⁶ Ao abrigo desta Diretiva, Portugal beneficiou de uma derrogação por ser considerado, de acordo com o n.º 24 do artigo 2.º da Diretiva, um mercado emergente, isto é, “um Estado-Membro em que o primeiro fornecimento comercial do seu primeiro contrato de fornecimento de gás natural de longa duração tenha sido efetuado há menos de dez anos”.

publicação das respetivas diretivas no mesmo dia e já não com anos de diferença, tal como ocorrera até então. Neste sentido, foram publicadas a Diretiva 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, que revogou a Diretiva 96/92/CE, relativa ao mercado comum da eletricidade, e a Diretiva 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, que revogou a Diretiva 98/30/CE, respeitante ao mercado comum do gás natural.

A experiência alcançada com as primeiras diretivas que estabeleceram as regras comuns para o mercado interno da eletricidade e do gás natural demonstraram alguns dos benefícios resultantes da liberalização desses mercados, entre os quais o aumento da eficiência, a redução dos preços, a adoção de padrões de serviço mais elevados e a maior competitividade entre os agentes económicos⁴⁷. Contudo, e por outro lado, também revelaram algumas das deficiências de que os mercados padeciam, as quais deveriam ser mitigadas mediante a implementação de medidas concretas. Em primeiro lugar, deveriam ser asseguradas condições de concorrência equitativas, acompanhadas de um esforço de mitigação de situações discriminatórias, favorecedoras de alguns agentes económicos. Em segundo lugar, seria fundamental reduzir os riscos de ocorrência de posições dominantes e de comportamentos predatórios por parte dos operadores económicos. Em terceiro lugar, o acesso às redes de transporte e de distribuição, quer de eletricidade quer de gás natural, deveria estar sujeito à publicação prévia das respetivas tarifas. Por último, a proteção dos direitos dos pequenos consumidores

⁴⁷ Considerandos n.º 2 das Diretivas 2003/54/CE e Diretiva 2003/55/CE.

e dos consumidores mais vulneráveis deveria ser adequadamente salvaguardada, designadamente através da divulgação pública de informação apropriada sobre o processo de liberalização que o mercado estava a sofrer⁴⁸.

Identificadas as deficiências dos mercados, assim como as medidas a implementar para as corrigir, deparou-se o legislador europeu com alguns obstáculos, nomeadamente com questões de acesso às redes de transporte e de distribuição, de tarifação e ainda com a diversidade de graus de abertura dos mercados nos diferentes Estados-Membros. Constatou-se que a forma mais eficaz de assegurar um acesso eficiente e não discriminatório às redes seria garantindo que a rede de transporte e as redes de distribuição, tanto de eletricidade como de gás natural, fossem exploradas por entidades juridicamente separadas. Este seria um passo crucial⁴⁹ para o denominado processo de “*unbundling*”⁵⁰, tal como estabelecido nos artigos 10.º e 15.º da Diretiva 2003/54/CE e nos artigos 9.º e 13.º da Diretiva 2003/55/CE. Ora, “no caso de o operador da rede de transporte [de distribuição] fazer parte de uma empresa verticalmente integrada, deve ser independente, pelo menos no plano jurídico, da organização e da tomada de decisões, das outras atividades não relacionadas com o transporte [a distribuição]. Estas normas não criam a obrigação de separar a propriedade dos ativos da rede de transporte [de distribuição]

⁴⁸ Considerandos n.º 2 das Diretivas 2003/54/CE e Diretiva 2003/55/CE.

⁴⁹ “*The most radical shift in this Directive is the emphasis on legal unbundling*”. PETER CAMERON, *Ob. cit.*, p.139.

⁵⁰ “*Bundle*” significa “*a number of things that are tied or wrapped together*”. SALLY WEHMEIER, *Ob. cit.*, p. 156. “*Unbundling*”, em termos simplistas, consiste no processo de separar coisas que estão juntas, no caso concreto a exploração das redes de transporte e das redes de distribuição. Recorde-se que tradicionalmente, as atividades nos mercados energéticos foram desenvolvidas por empresas verticalmente integradas.

da empresa verticalmente integrada”⁵¹, exigindo-se apenas que a empresa verticalmente integrada garanta níveis de independência adequados de modo a que sejam observados os requisitos da separação funcional e jurídica⁵². Salienta-se a clara distinção entre a obrigatoriedade de separação jurídica e a não obrigatoriedade de separação patrimonial⁵³. A independência do operador da rede de transporte e dos operadores da rede de distribuição deveria obedecer aos critérios mínimos listados, respetivamente no n.º 2 do artigo 10.º da Diretiva 2003/54/CE e no n.º 1 do artigo 9.º da Diretiva 2003/55/CE, e no n.º 2 do artigo 15.º da Diretiva 2003/54/CE e no n.º 2 do artigo 13.º da Diretiva 2003/55/CE.

O legislador europeu manteve a sua preocupação quanto às obrigações de serviço público, designadamente quanto à segurança, à regularidade, à qualidade e ao preço do fornecimento, e à proteção do ambiente, incluindo a eficiência energética⁵⁴. A proteção do consumidor ficou contemplada no n.º 3 dos artigos 3.º das Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE, por meio da figura do fornecedor de último recurso, visando salvaguardar os interesses dos consumidores mais vulneráveis. Esta novidade representou um progresso importante na proteção dos direitos dos consumidores.

⁵¹ As expressões transcritas entre parêntesis retos correspondem às diferenças entre o n.º 1 do artigo 10.º da Diretiva 2003/54/CE e o n.º 1 do artigo 9.º da Diretiva 2003/55/CE face ao n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva 2003/54/CE e o n.º 1 do artigo 13.º da Diretiva 2003/55/CE, respetivamente.

⁵² A separação funcional caracteriza-se pela separação contabilística, de modo a que os custos imputados a cada uma das atividades possam ser facilmente identificáveis. A separação jurídica significa que as atividades devam ser operadas por pessoas jurídicas distintas, permitindo-se que todas sejam detidas pela mesma empresa-mãe (“*holding*”).

⁵³ Os Estados-Membros não conseguiram, nesta data, acordar em regras comuns relativas à separação patrimonial. Cf. PETER CAMERON, *Ob. cit.*, p.138.

⁵⁴ N.º 2 dos artigos 3.º das Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE.

Os dois procedimentos relativos à construção de novas capacidades de produção de eletricidade, introduzidos pela Diretiva 96/92/CE, passaram a ter uma relação de subsidiariedade: o procedimento de concurso apenas poderia ser utilizado caso o procedimento de autorização não fosse suficiente para garantir as capacidades de produção. Relativamente ao gás natural, para o acesso às instalações de armazenamento e às redes de gasodutos, foram mantidos os dois processos introduzidos pela Diretiva 98/30/CE, relembrando, o acesso negociado e o acesso regulamentado⁵⁵.

O setor do gás natural mantinha uma particularidade relativamente à eletricidade, que representava um obstáculo adicional com vista à construção do mercado comum: a parca existência (ou quase inexistência) de interligações entre os Estados-Membros. Neste sentido, o legislador europeu regulamentou o investimento em novas infraestruturas, leia-se, em interligações entre os Estados-Membros⁵⁶. Assim, previu um regime, disposto no artigo 22.º da Diretiva 2003/55/CE, preconizando medidas de incentivo ao investimento em novas infraestruturas.

Por fim, reforçou-se a necessidade de abertura dos mercados da eletricidade e do gás natural ser feita de forma progressiva. Para tal, tornou-se essencial que os consumidores pudessem escolher livremente os seus fornecedores, devendo esta escolha ser faseada, de modo a assegurar a introdução de medidas

⁵⁵ Artigos 19.º e 20.º da Diretiva 2003/55/CE.

⁵⁶ O aumento do investimento em infraestruturas com capacidade transfronteiriça é necessário para permitir uma integração plena do mercado. Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre os Progressos realizados na Criação do Mercado Interno do Gás e da Eletricidade*, p.4.

adequadas para proteger os seus interesses e garantir o seu real e efetivo direito de optar entre fornecedores. Neste sentido, foi estipulado, no n.º 1 do artigo 21.º da Diretiva 2003/54/CE e no n.º 1 do artigo 23.º da Diretiva 2003/55/CE⁵⁷, um calendário de abertura dos mercados com datas para consideração dos clientes elegíveis: até 1 de julho de 2004, todos os clientes de eletricidade mencionados nos n.ºs 1 a 3 do artigo 19.º da Diretiva 96/92/CE e todos os clientes de gás natural referidos no artigo 18.º da Diretiva 98/30/CE; a partir de 1 de julho de 2004 todos os clientes não-domésticos de eletricidade e de gás natural; e a partir de 1 de julho de 2007 todos os clientes de eletricidade e de gás natural.

1.4 As Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, de 13 de julho

Em 2007, a Comissão Europeia fez um balanço da transposição das diretivas da eletricidade e do gás natural de 2003, tendo concluído quais as maiores deficiências na sua transposição para os direitos nacionais dos Estados-Membros⁵⁸. Observou-se que (i) a regulação dos preços era impeditiva da entrada de novos operadores no mercado⁵⁹; (ii) a separação dos operadores de redes de transporte e de distribuição era insuficiente, não

⁵⁷ Não olvidar que o mercado do gás natural ainda era, à época, considerado um mercado emergente em alguns Estados-Membros, pelo que as regras de abertura à concorrência eram condicionadas por derrogações constantes do artigo 28.º da Diretiva 2003/55/CE.

⁵⁸ COMISSÃO EUROPEIA, *Perspetivas para o Mercado Interno do Gás e da Eletricidade*, p. 6.

⁵⁹ A regulação dos preços tem efeitos negativos no processo de liberalização do mercado, podendo traduzir-se numa distorção das regras concorrenciais. Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre os Progressos realizados na Criação do Mercado Interno do Gás e da Eletricidade*, p. 14.

garantindo a sua independência; (iii) persistia a discriminação relativamente ao acesso de terceiros às redes; e (iv) as entidades reguladoras ainda não gozavam de competências e poderes adequados e tão-pouco da independência necessária.

Tal como já era perceptível nas diretivas anteriores, também nas diretivas ora em apreço foi feito um esforço de aproximação, agora mais profundo, entre as regras respeitantes ao mercado interno da eletricidade e as regras relativas ao mercado interno do gás natural.

Em 2009, foi publicado o Terceiro Pacote Energético⁶⁰, constituído por cinco instrumentos legislativos, dos quais se destacam as Diretivas 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, que revogou a Diretiva 2003/54/CE e a Diretiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, que revogou a Diretiva 2003/55/CE. Era perceptível, na altura, que ainda não existia uma possibilidade real de escolha entre comercializadores de eletricidade e gás natural⁶¹, extensível a todos os consumidores da União Europeia, tendo esta sido a preocupação mais premente em 2009.

O legislador europeu deparou-se novamente com obstáculos, particularmente a inexistência de um acesso não discriminatório às redes e a inexistência de uma supervisão reguladora de

⁶⁰ Além das diretivas identificadas, o Terceiro Pacote Energético é constituído pelo Regulamento (CE) 713/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, pelo Regulamento (CE) 714/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho e pelo Regulamento (CE) 715/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho.

⁶¹ Nestas diretivas assistiu-se a uma alteração na linguagem, passando os fornecedores a ser denominados por “comercializadores”.

eficácia equivalente em todos os Estados-Membros⁶². As regras e medidas aprovadas pelas anteriores diretivas mostravam-se insuficientes para alcançar o objetivo de um mercado interno em bom funcionamento, especificamente quanto à separação efetiva entre os operadores da rede de transporte e das redes de distribuição. Constatou-se que um operador da rede de transporte que fizesse parte de um grupo empresarial que também detivesse atividades de produção e de comercialização, continuaria a defender os interesses das suas empresas-irmãs, tomando decisões com base no interesse comercial das últimas.

Diferentemente do que inicialmente se considerou, em 2009 constatou-se que a separação efetiva só poderia ser assegurada mediante a separação patrimonial⁶³. Em causa estaria a separação entre as atividades de produção e de comercialização de eletricidade e de gás natural e a atividade de transporte de eletricidade e de gás natural através das redes, implicando a independência desta última atividade relativamente a quaisquer interesses de produção e de comercialização. A separação patrimonial da rede de transporte seria o meio mais eficaz de promover o investimento nas infraestruturas, o acesso equitativo por parte de novos operadores e a transparência⁶⁴ do mercado. Tal mudança⁶⁵ foi estimulada pelos artigos 9.º das

⁶² Considerandos n.º 4 das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE.

⁶³ Em 2007, após um inquérito realizado, a Comissão Europeia concluiu que os dados económicos revelaram que a separação patrimonial seria a forma mais eficaz para assegurar a liberdade de escolha aos consumidores e ainda para promover o investimento. Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os Setores Europeus do Gás e da Eletricidade (Relatório Final)*, p. 14.

⁶⁴ A título exemplificativo, a implementação de regras de transparência é importante para que novos operadores possam entrar no mercado conhecendo o seu funcionamento e as suas características.

⁶⁵ A mudança de orientação por parte do legislador europeu baseou-se na observação do comportamento do mercado face à separação jurídica impulsionada

Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, nos quais se exige aos Estados-Membros que assegurem quatro condições relativamente aos operadores das redes de transporte. Em primeiro lugar, cada empresa proprietária de uma rede de transporte deve agir como operador da rede de transporte⁶⁶, o que significa que essa mesma empresa é responsável por garantir o acesso não discriminatório de terceiros à respetiva rede e por receber os pagamentos devidos por utilização da mesma⁶⁷. Em segundo lugar, a mesma pessoa não pode ser autorizada, (i) direta ou indiretamente, a exercer controlo sobre uma empresa que exerça uma das atividades de entre a produção ou a comercialização nem a, direta ou indiretamente, exercer controlo ou direitos sobre um operador da rede de transporte ou uma rede de transporte; ou (ii) direta ou indiretamente, a exercer controlo sobre um operador da rede de transporte ou uma rede de transporte nem a, direta ou indiretamente, exercer controlo ou direitos sobre uma empresa que exerça uma das atividades de entre a produção ou a comercialização⁶⁸. Em terceiro lugar, a mesma pessoa não pode ser autorizada a designar membros do órgão de fiscalização ou de administração ou dos órgãos que representam legalmente a empresa, de um operador de rede de transporte ou de uma rede de transporte, nem a, direta ou indiretamente, exercer controlo ou direitos sobre uma empresa que exerça uma das atividades

pelas diretivas antecedentes. Ainda que esta separação tenha surtido alguns efeitos, uma vez que conduziu a uma melhoria do acesso de terceiros às redes, revelou-se insuficiente para garantir um verdadeiro mercado interno europeu, pois as regras até então em vigor não eliminaram os incentivos à discriminação no acesso de terceiros às redes por parte dos proprietários das mesmas. Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Perspetivas para o Mercado Interno do Gás e da Eletricidade*, p. 11.

⁶⁶ Al. a) do n.º 1 dos artigos 9.º das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE.

⁶⁷ Cf. EUROPEAN COMMISSION, *The Unbundling Regime*, p. 8.

⁶⁸ Al. b) do n.º 1 dos artigos 9.º das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE.

de entre a produção ou a comercialização⁶⁹. Por fim, a mesma pessoa não pode ser autorizada a ser membro do órgão de fiscalização ou de administração ou dos órgãos que representam legalmente a empresa, simultaneamente de uma empresa que exerça uma das atividades de entre a produção ou a comercialização e de um operador de rede de transporte ou de uma rede de transporte⁷⁰. Ainda assim, os Estados-Membros poderiam optar por não aplicar o acima explanado, devendo, nesse caso, observar o disposto nos n.ºs 8 e 9 dos artigos 9.º das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE⁷¹.

No tocante ao gás natural, considerou o legislador europeu essencial assegurar a independência dos operadores das redes de armazenamento e a transparência relativamente ao seu regime de acesso. Para tal, foi requerido aos Estados-Membros que designassem ou exigissem que as empresas proprietárias de instalações de armazenamento designassem um ou mais operadores de redes de armazenamento, nos termos do artigo 12.º da Diretiva 2009/73/CE.

O regime de separação dos operadores das redes de distribuição manteve-se, na sua essência, inalterado. Importa aqui lembrar apenas os aspetos mais importantes: inexistente uma obrigação de separação patrimonial face à empresa verticalmente integrada, podendo o grupo empresarial escolher a forma jurídica que considere mais apropriada, desde que respeite os requisitos de independência exigidos. Trata-se de

⁶⁹ Al. c) do n.º 1 dos artigos 9.º das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE.

⁷⁰ Al. d) do n.º 1 dos artigos 9.º das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE.

⁷¹ O legislador europeu consagrou uma alternativa ao regime de separação patrimonial: o operador de transporte independente, consagrado nos artigos 17.º e seguintes da Diretiva 2009/72/CE e da Diretiva 2009/73/CE. Não iremos abordar esta temática com profundidade nesta dissertação.

uma independência efetiva em termos de tomada de decisões face a outras empresas do grupo empresarial, sendo ainda proibida qualquer forma de discriminação entre utilizadores da rede, em especial a favor das empresas do grupo empresarial. Foi introduzida uma novidade, constante do n.º 3 dos artigos 26.º das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE: os operadores da rede de distribuição, quer de eletricidade quer de gás natural, fazendo parte de uma empresa verticalmente integrada, não podem tirar proveito dessa mesma integração e não devem, nas suas comunicações e imagens de marca, criar confusão no que respeita à identidade (distinta) do ramo de comercialização da empresa verticalmente integrada.

A proteção dos direitos dos consumidores foi também contemplada nestas Diretivas. Relativamente às obrigações de serviço público, o seu cumprimento foi elevado a exigência fundamental ao abrigo destas Diretivas, tendo sido atribuída especial relevância à segurança no fornecimento, considerada um elemento de segurança pública⁷². O calendário de abertura do mercado com definição dos clientes elegíveis não sofreu quaisquer alterações relativamente às diretivas antecessoras.

Finalmente, a cooperação regional era vista, no âmbito do processo de liberalização, impulsionado pelas diretivas analisadas, como um passo importante para alcançar o mercado interno, sendo imprescindível para incorporar os mercados nacionais mais isolados. Um exemplo desta forma de cooperação é o MIBEL, o mercado ibérico de eletricidade, e o MIBGÁS, o mercado ibérico de gás natural. O processo de

⁷² Cf. Artigos 4.º da Diretiva 2009/72/CE e 5.º da Diretiva 2009/73/CE.

construção destes mercados tem sido desenvolvido de forma gradual e por mútuo acordo entre Portugal e Espanha, num clima de envolvimento ativo dos dois países, ambicionando contribuir, mediante a constituição de dois mercados regionais, para a concretização do mercado energético europeu.

2. Os mercados de eletricidade e de gás natural em Portugal

Portugal, como país membro da União Europeia, acompanhou o processo de liberalização impulsionado pelo legislador europeu, tendo transposto para o direito nacional as diretivas analisadas *supra*. Importa agora compreender como foi progredindo o processo de liberalização em Portugal.

Os setores da eletricidade e do gás natural serão analisados, inicialmente, de uma forma separada, uma vez que o seu progresso em Portugal apresenta várias diferenças, em grande medida motivadas por uma evolução histórica díspar, como retrataremos de seguida. Como também veremos, o legislador português foi fazendo um esforço de aproximação e de harmonização dos regimes jurídicos aplicáveis à eletricidade e ao gás natural, seguindo as orientações europeias.

2.1 A história do setor da eletricidade

A publicação do Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de abril pôs termo à estrutura organizativa do setor elétrico nacional, aprovada em 1944, nomeadamente no que respeita ao exercício

das atividades de produção, de transporte e de distribuição de eletricidade. Na senda dessa reestruturação, foi publicado o Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de junho, o qual criou a Eletricidade de Portugal, E.P., (EDP), após a fusão de treze empresas que tinham sido nacionalizadas no ano anterior, sendo-lhe atribuído, em regime exclusivo e por tempo indeterminado, o exercício do serviço público de produção, transporte e distribuição de eletricidade. Constituiu-se, assim, um monopólio estatal no setor elétrico⁷³. Durante muitos anos, a EDP⁷⁴ manteve essa posição de monopólio no setor elétrico nacional, tendo procedido à implementação de uma tarifa única nos primeiros anos do exercício das suas funções.

Contudo, em 1981, iniciou-se um movimento de inversão do regime de monopólio do Estado. Em 1988, estabeleceu-se um marco importante neste movimento: a permissão, sem restrições, de acesso por privados ao exercício das atividades de produção, de transporte e de distribuição de eletricidade, operado através da aprovação do Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de dezembro. No seguimento desta tendência, foi publicado o Decreto-Lei n.º 99/91, de 2 de março, que instituiu o Sistema Elétrico Público, constituído pela Rede Nacional de Transporte, explorada em regime de concessão, e pelos produtores e pelos distribuidores, vinculados ao sistema através de um regime contratual. Além do regime da concessão, foi estipulado o regime de exercício das atividades de transporte, produção e

⁷³ Esta posição foi reforçada em 1977, quando a Assembleia da República, com a publicação da Lei n.º 46/77, de 8 de julho, vedou o acesso às atividades de produção, transporte e distribuição à iniciativa privada.

⁷⁴ Apenas em 1991, a empresa mudou a sua identidade jurídica, transformando-se numa sociedade anónima "EDP – Eletricidade de Portugal, S.A.", mediante a publicação do Decreto-Lei n.º 7/91, de 8 de janeiro.

distribuição através de dois tipos de licença⁷⁵: (i) a licença vinculada, para os operadores que pretendessem fazer parte do Sistema Elétrico Público, abastecendo-o ou sendo por ele abastecidos, mediante a celebração de contratos com a Rede Nacional de Transporte; e (ii) a licença não vinculada, para os operadores que pretendessem exercer a atividade para a satisfação de interesses próprios ou de terceiros, em claro regime de concorrência.

Em 1994, o Decreto-Lei n.º 131/94, de 19 de maio, veio determinar a desintegração vertical da EDP, dando origem a empresas exclusivamente vocacionadas a uma das atividades da cadeia de valor da eletricidade. Com este passo, a Rede Elétrica Nacional, S. A., (REN), foi autonomizada relativamente à EDP.

Face às sucessivas alterações no panorama nacional da organização do setor elétrico nacional, foi publicado o Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho, que viria definir as bases da organização do setor, delimitando os campos de atuação de cada um dos intervenientes, estabelecendo com transparência as regras do seu relacionamento e estimulando uma grande transformação no setor elétrico nacional. O diploma estabeleceu as bases do Sistema Elétrico Nacional e os princípios orientadores das atividades de produção, de transporte e de distribuição de energia elétrica, que se mantêm, na sua essência, atuais. O Sistema Elétrico Nacional divide-se no Sistema Elétrico Público⁷⁶, acima descrito, e no Sistema Elétrico Independente. Este último encontra-se organizado de acordo com uma lógica de mercado, no seio do qual é atribuída especial

⁷⁵ Artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 99/91.

⁷⁶ Capítulo II do Decreto-Lei n.º 182/95.

relevância ao Sistema Elétrico Não Vinculado⁷⁷, onde se inserem os operadores titulares de uma licença não vinculada⁷⁸. O diploma em apreço debruçou-se ainda sobre a Rede Nacional de Transporte, confirmando as orientações que haviam sido desenvolvidas ao longo dos anos e que foram descritas acima⁷⁹, atribuindo, em conjugação com o Decreto-Lei n.º 185/95, de 27 de julho, a concessão da rede de transporte à REN.

Como estudado anteriormente, a Diretiva 96/92/CE⁸⁰ veio impor a separação jurídica entre as empresas responsáveis pela rede de transporte e as empresas que desenvolvem atividades de produção e de distribuição de eletricidade. Ora, face a esta imposição, tornou-se inconcebível que a mesma empresa detivesse as três atividades referidas. Assim, com a publicação do Decreto-Lei n.º 198/2000, de 24 de agosto, o legislador nacional preocupou-se com a natureza pública da Rede Nacional de Transporte e da empresa que detinha a respetiva concessão, a REN, que, como vimos, fora autonomizada relativamente à EDP em 1994. Por tal, o legislador nacional veio estabelecer a reestruturação do Sistema Elétrico Nacional, ditando “reestrutura-se, também, e desta forma, o SEN no sentido supraexposto da tendência europeia o que permitirá consolidar a posição da concessionária da Rede Nacional de Transporte como entidade independente dos restantes operadores”⁸¹, reforçando, desta feita, a independência e as competências da REN.

⁷⁷ Capítulo II do Decreto-Lei n.º 182/95.

⁷⁸ Artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 182/95.

⁷⁹ Artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 182/95.

⁸⁰ Transposta, parcialmente, pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de março, que alterou o regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 182/95.

⁸¹ 8.º Parágrafo do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 198/2000.

2.2 A história do setor do gás natural

Portugal é caracterizado por não ter jazigos de gás natural, o que inviabiliza a produção nacional de gás natural. Neste sentido, Portugal tem que recorrer à importação de gás natural, tradicionalmente feita através da celebração de contratos de compra de gás natural a longo prazo com cláusulas de *take or pay*⁸².

A opção de introdução de gás natural em Portugal sucedeu em 1989, mediante a aprovação do Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de outubro, o qual definiu o regime de importação de GNL e de gás natural, de armazenamento e tratamento de GNL e de transporte e distribuição de gás natural. A introdução de gás natural em Portugal prendeu-se em razões de diversificação energética e de desenvolvimento das regiões do território⁸³. De acordo com o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 374/89, as atividades de armazenamento e tratamento de GNL, transporte e distribuição de gás natural seriam exercidas em regime de serviço público, mediante concessão em regime de exclusividade.

Na sequência do Decreto-Lei n.º 274-C/93, de 4 de agosto, que definiu as bases de concessão do serviço público de importação, transporte e fornecimento de gás natural, foi celebrado um

⁸² Regra geral, estes contratos definem uma quantidade mínima anual a adquirir e uma margem de flexibilidade para cada ano, estabelecendo obrigações de *take or pay*, ou seja, que obrigam a comprar as quantidades acordadas, independentemente das necessidades.

⁸³ “A construção de uma rede de transporte e distribuição de gás canalizado constitui um valioso meio de diversificação energética e um fator importante de desenvolvimento e progresso das regiões que serve”. 1.º Parágrafo do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 374/89.

contrato de concessão entre o Estado e a Transgás, Sociedade Portuguesa de Gás Natural, S. A., (Transgás). Assim, as atividades de receção e de armazenamento foram cometidas à Transgás. Adicionalmente, a atividade de transporte de gás natural foi também incumbida à Transgás, detentora da respetiva rede. As atividades de distribuição e de comercialização de gás natural, iniciadas em 1997, foram atribuídas a diversas empresas, legalmente constituídas, em regime de concessão (Beiragás, Lisboagás, Lusitaniagás, Portgás, Setgás e Tagusgás) ou mediante licenças (Dianagás, Duriensegás, Medigás e Paxgás). Face ao exposto, podemos afirmar que os consumidores portugueses, exceto aqueles que estivessem ligados diretamente à rede de transporte, só tiveram acesso a gás natural a partir de 1997⁸⁴. Em 1999 foi constituída a Sociedade Portuguesa de Gás Natural Liquefeito, S.A. (Transgás Atlântico), que passou a deter a subconcessão do terminal de GNL em Sines.

Por Portugal ter sido considerado um mercado emergente, tal como explanado anteriormente, o Decreto-Lei n.º 14/2001, de 27 de janeiro, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva 98/30/CE, estabeleceu no n.º 1 do seu artigo 14.º, que as disposições relativas ao acesso às redes e ao armazenamento, à elegibilidade dos clientes para efeitos de mercado e à recusa de acesso à rede ou ao armazenamento só entrariam em vigor quando o mercado nacional deixasse de ser considerado emergente.

⁸⁴ Naturalmente, esta conclusão é restritiva, porque bem se sabe que ainda existem zonas no território nacional que não têm acesso a gás natural.

2.3 A Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de outubro e os Decretos-Lei n.º 29/2006 e 30/2006, ambos de 15 de fevereiro

No seguimento da evolução acima descrita, o Conselho de Ministros, seguindo as recomendações das Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE, aprovou a Estratégia Nacional para a Energia, através da publicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de outubro⁸⁵. Como demonstraremos no presente subcapítulo, este diploma foi fundamental ao estabelecer as linhas orientadoras para a energia, focando a liberalização e a promoção da concorrência como metas essenciais.

Em 2005, o processo de liberalização do setor elétrico encontrava-se num estágio mais avançado comparativamente ao processo notado no setor do gás natural. Neste sentido, “reduzir o custo da energia e aumentar a qualidade de serviço, através do aumento da concorrência nos segmentos da produção e comercialização do setor elétrico, da regulação e da antecipação do calendário de liberalização do setor do gás natural”⁸⁶ impunha-se como um objetivo primordial nas ambições do Governo quanto à política energética.

Pela primeira vez, reconheceu-se que seria mais vantajoso, em termos de concorrência, que cada operador atuasse em ambos os setores, não restringindo a sua atuação comercial apenas à

⁸⁵ Revogada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2010, de 15 de abril, que aprovou a Estratégia Nacional para a Energia 2020, que, por sua vez, foi revogada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 20/2013, de 10 de abril, que aprovou Plano Nacional de Ação para a Eficiência Energética para o período 2013-2016 e o Plano Nacional de Ação para as Energias Renováveis para o período 2013-2020.

⁸⁶ Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, p. 6168.

eletricidade ou ao gás natural, tal como acontecera até então. Desta forma, os benefícios para os consumidores finais seriam maiores.

Face ao exposto, o Conselho de Ministros resolveu adotar três medidas que, a nosso ver, foram determinantes no processo de liberalização do mercado energético, seguindo, assim, as orientações europeias neste âmbito. Em primeiro lugar, decidiu “promover a revisão do quadro legislativo e regulamentar, com vista à liberalização do mercado da energia”, que passaria pela transposição para o direito nacional das diretivas do mercado interno da eletricidade e do gás natural, publicadas em 2003. Para tal, foram aprovados os Decretos-Lei n.º 29/2006 e 30/2006, ambos de 15 de fevereiro, que estabeleceram, respetivamente, as bases gerais da organização e funcionamento do sistema elétrico nacional e do sistema nacional de gás natural e que transpuseram, respetivamente, as Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE. Em segundo lugar, fixou “como orientação estratégica para o setor energético o alargamento do âmbito da atividade das empresas que nele operam, de modo a que haja mais de um operador integrado relevante nos setores da eletricidade e do gás natural, em ambiente de concorrência”. Por último, optou por “autonomizar os ativos regulados do setor do gás natural (receção, transporte e armazenamento) e operacionalizar a sua junção à empresa operadora da rede de transporte de eletricidade”⁸⁷.

Estabelecidas as medidas fundamentais, importa agora pormenorizar como se pretendeu alcançar tais objetivos. Quanto

⁸⁷ Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, p. 6169.

à produção de energia elétrica, determinou-se que seria necessário agilizar os mecanismos com vista à instalação de novos centros eletroprodutores. Neste sentido, estabeleceu o Decreto-Lei n.º 29/2006 que o acesso à atividade de produção de energia elétrica seria livre⁸⁸, cabendo aos privados a respetiva iniciativa, abandonando-se, desta forma, o planeamento centralizado dos centros eletroprodutores. Relativamente ao transporte de eletricidade e de gás natural, tornou-se fundamental fixar as condições de acesso às redes, sendo, para tal, necessária a separação jurídica e patrimonial (em detrimento da mera separação funcional) dos operadores das redes de transporte, em relação a empresas com atuação e interesses noutros momentos da cadeia de valor de cada tipo de energia, garantindo a sua independência. Ao passo que no setor elétrico a REN já detinha a concessão da rede de transporte⁸⁹, no setor do gás natural a situação era distinta, uma vez que as atividades de importação, transporte e fornecimento de gás natural estavam sujeitas a uma única concessão atribuída à Transgás, uma empresa do Grupo Galp Energia, o qual detém participações significativas nas empresas concessionárias e licenciadas para a distribuição de gás natural. Por força da determinação legal de separação das atividades de gestão de infraestruturas das demais atividades, estipulou o artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, que o contrato de concessão celebrado entre o Estado português e a Transgás deveria ser modificado. Por força deste enquadramento legal, conjugado com os artigos 65.º e 66.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho, e de

⁸⁸ Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

⁸⁹ Situação que permaneceu inalterada por via do artigo 69.º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

forma a concretizar a separação das atividades de transporte, armazenamento subterrâneo de gás natural e de receção, armazenamento e regaseificação de GNL, a Transgás foi obrigada a ceder à REN determinados bens e ativos que se encontravam afetos à concessão de serviço público que lhe fora atribuída, entre os quais se destacam (i) a rede de transporte em alta pressão; (ii) o terminal de GNL de Sines; (iii) três cavidades de armazenamento subterrâneo no Carrigo⁹⁰; e (iv) os direitos e obrigações associados aos referidos bens e às atividades de transporte, de armazenamento subterrâneo e de receção, armazenamento e regaseificação de GNL, relativas ao terminal de GNL de Sines. Adicionalmente, a Transgás teve que alienar os gasodutos de média pressão e as unidades autónomas de gaseificação, que fossem sua propriedade, à concessionária ou licenciada de distribuição de gás natural da respetiva área.

Como já afirmado *supra*, à data, o processo de liberalização do setor da eletricidade encontrava-se mais avançado, senão vejamos: já todos os consumidores tinham direito a escolher o seu comercializador de eletricidade. Naturalmente, a atividade de comercialização era exercida livremente, de acordo com as regras de mercado, ficando apenas sujeita à atribuição de licença⁹¹. Sabendo que a atividade de comercialização consiste na compra e venda de eletricidade⁹², terá, necessariamente, que ser garantido aos comercializadores o direito de acesso às

⁹⁰ De acordo com o n.º 2 do artigo 66.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, a Transgás manteve a concessão de armazenamento subterrâneo no Carrigo, com exclusão das três cavidades referidas e com as condicionantes descritas no n.º 3 do mesmo artigo.

⁹¹ N.º 1 do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

⁹² N.º 2 do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

redes de transporte e de distribuição, mediante o pagamento de tarifas reguladas. Tal não acontecia quanto ao gás natural, razão pela qual se justificou “a progressiva antecipação da liberalização do setor do gás natural, permitindo aos consumidores escolherem, também, o seu comercializador”⁹³.

Duas novidades, totalmente inéditas, no regime jurídico português foram a introdução (i) da figura do operador logístico de mudança de comercializador, com vista à simplificação e efetivação da mudança de comercializador, regulada em legislação complementar⁹⁴, nos termos dos artigos 78.º do Decreto-Lei n.º 29/2006 e 72.º do Decreto-Lei n.º 30/2006; e (ii) da figura do comercializador de último recurso, sujeita a regulação e a separação jurídica das demais atividades, que assume o papel de garante relativamente ao fornecimento de energia aos consumidores que, por opção ou por não reunirem as condições de elegibilidade, ficam sujeitos ao regime de tarifas e preços de venda a clientes finais publicadas pela ERSE⁹⁵.

Em suma, o regime jurídico aprovado em 2006 veio estabelecer, quanto à eletricidade, que as atividades de produção e de comercialização seriam exercidas em regime de livre concorrência, mediante a atribuição de licença⁹⁶. Adicionalmente, a atividade de comercialização seria separada juridicamente das restantes atividades relacionadas com a

⁹³ Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, p. 6173.

⁹⁴ No caso da eletricidade, regulada no Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro e no caso do gás natural, regulada Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de outubro.

⁹⁵ Artigos 46.º e 47.º do Decreto-Lei n.º 29/2006 e 40.º e 41.º do Decreto-Lei n.º 30/2006.

⁹⁶ Artigos 15.º e 42.º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

energia elétrica⁹⁷. As atividades de transporte e de distribuição seriam reguladas, correspondendo a cada uma delas uma única concessão exercida em exclusivo e em regime de serviço público⁹⁸, respetivamente pela REN e pela EDP Distribuição⁹⁹. Porquanto era exigido que a atividade de transporte fosse separada jurídica e patrimonialmente das demais atividades, nos termos do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, à atividade de distribuição apenas era exigida a separação jurídica das demais atividades da cadeia de valor da eletricidade¹⁰⁰.

No tocante ao gás natural, estabeleceu-se que a exploração das instalações de armazenamento, do terminal de GNL e a atividade de transporte seriam exercidas em regime de concessão¹⁰¹. Para tal, estipulou o Decreto-Lei n.º 30/2006 que o operador de cada uma das infraestruturas em análise (ou seja, o terminal de GNL, as cavidades de armazenamento subterrâneo e a rede de transporte) seria a própria entidade concessionária¹⁰². Ao passo que o operador da rede de transporte deveria ser independente, no plano jurídico e patrimonial, das atividades de distribuição e de comercialização, os operadores de armazenamento subterrâneo e do terminal GNL deveriam ser independentes, no plano jurídico, de qualquer uma das restantes atividades na cadeia de valor do gás natural¹⁰³. A atividade de distribuição dever-se-ia processar através da atribuição de concessões de serviço público, exercidas em exclusivo e de licenças de distribuição em redes

⁹⁷ Artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

⁹⁸ Artigos 21.º e 31.º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

⁹⁹ N.º 1 do artigo 69.º e n.º 1 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

¹⁰⁰ Artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

¹⁰¹ Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 30/2006.

¹⁰² N.ºs 1 dos artigos 18.º, 19.º e 20.º do Decreto-Lei n.º 30/2006.

¹⁰³ Artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 30/2006.

locais autónomas, não ligadas ao sistema interligado de gasodutos e redes de serviço público¹⁰⁴. Nos termos do artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, são considerados operadores da rede de distribuição quaisquer entidades concessionárias da rede de distribuição ou titulares de uma licença de distribuição, devendo os operadores ser independentes, no plano jurídico, das demais atividades relacionadas com o gás natural¹⁰⁵. A atividade de comercialização deveria ser exercida em regime de livre concorrência, mediante a atribuição de licença¹⁰⁶, devendo esta atividade ser juridicamente separada das restantes atividades, por força do artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 30/2006; não obstante, este regime ficou sujeito ao regime transitório estabelecido para a abertura gradual do mercado, constante do artigo 64.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, por força do estatuto de mercado emergente e da derrogação associada.

2.4 A transposição das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, de 13 de julho

Em 2007, a Comissão Europeia elaborou um relatório no qual desenvolveu algumas considerações sobre vinte cinco dos vinte e sete Estados-Membros¹⁰⁷. Importa analisar as considerações respeitantes a Portugal. A 4 de setembro de 2006 todos os consumidores de eletricidade tornaram-se elegíveis para aderirem ao mercado livre, contudo, devido às tarifas reguladas favoráveis, apenas onze por cento do consumo nacional era

¹⁰⁴ Artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 30/2006.

¹⁰⁵ Artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 30/2006.

¹⁰⁶ Artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 30/2006.

¹⁰⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Prospects for the Internal Gas and Electricity Market*.

satisfeito pelo mercado concorrencial. Quanto ao gás natural, Portugal era considerado um mercado emergente, pelo que apenas quando a derrogação das obrigações constantes da Diretiva 2003/55/CE expirasse, no início de 2007, é que Portugal seria compelido a iniciar o “verdadeiro” processo de liberalização. No tocante ao processo de separação impulsionado pela Diretiva 2003/54/CE, concluiu a Comissão Europeia que o Operador da Rede de Transporte (a REN) cumpria os requisitos exigíveis, uma vez que estava separado patrimonialmente das demais atividades da cadeia de valor da eletricidade. Quanto aos operadores da rede de distribuição de eletricidade, aos quais era exigível a separação jurídica, a Comissão Europeia concluiu que o nível de separação real e efetiva do Operador da Rede de Distribuição mais relevante no mercado (a EDP Distribuição) era questionável.

Dois anos depois, em 2009, a Comissão Europeia elaborou um novo relatório sobre os progressos alcançados com o processo de liberalização do mercado. Nesse relatório, os mercados grossista da eletricidade e retalhista do gás natural portugueses foram avaliados como estando ainda muito concentrados, ou seja, a quota de mercado era detida, maioritariamente, pela mesma empresa¹⁰⁸.

As Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, de 13 de julho, foram inicialmente transpostas, respetivamente, pelos Decretos-Lei n.º 78/2011 e 77/2011, ambos de 20 de junho; contudo, a sua transposição apenas ficou concluída aquando da aprovação dos Decretos-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de outubro e 230/2012, de

¹⁰⁸ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre os Progressos realizados na Criação do Mercado Interno do Gás e da Eletricidade*, pp. 7-8.

23 de outubro, respetivamente. Iremos abordar os Decretos-Lei n.º 78/2011 e 215-A/2012 de forma conjunta, uma vez que alteraram o Decreto-Lei n.º 29/2006, que estabeleceu as regras relativas ao quadro organizativo do sistema elétrico nacional. Adotaremos a mesma abordagem no tocante aos Decretos-Lei n.º 77/2011 e 230/2012, pois alteraram o Decreto-Lei n.º 30/2006, que aprovou as regras respeitantes cenário organizativo do sistema de gás natural nacional.

Subjacente à revisão efetuada, e que abordaremos de seguida, esteve também a Lei n.º 64-A/2011, de 30 de dezembro, que aprovou as Grandes Opções do Plano para 2012-2015, entre as quais o mercado de energia e a política energética (Opção n.º 5.1.8). Determinou-se que um dos objetivos no âmbito dessa Opção seria “promover a competitividade, a transparência dos preços, o bom funcionamento e a efetiva liberalização dos mercados da eletricidade e do gás natural”¹⁰⁹.

Uma das preocupações primordiais do legislador nacional foi clarificar e reforçar as exigências impostas em matéria de independência jurídica e patrimonial do operador da rede de transporte, quer no setor da eletricidade, quer no setor do gás natural. Assim, confirmou-se, em primeiro lugar, que os operadores das redes de transporte de eletricidade e de gás natural deveriam ser independentes no plano jurídico e patrimonial, ampliando-se, concomitantemente, a abrangência de tal independência: os operadores das redes de transporte de eletricidade e de gás natural deveriam ser independentes no plano jurídico e patrimonial de entidades que exerçam

¹⁰⁹ Lei n.º 64-A/2011, p. 5538-(43).

atividades de produção ou de comercialização de eletricidade ou gás natural¹¹⁰. Mais, os Decretos-Lei n.º 78/2011 e 77/2011 introduziram um procedimento de certificação do operador da rede de transporte, para avaliação das condições de separação das atividades, no sentido de reforçar a disciplina de separação da rede de transporte da eletricidade e do gás natural¹¹¹.

No setor do gás natural previu-se ainda a densificação das exigências de separação jurídica relativas aos operadores do terminal de GNL e aos operadores de armazenamento subterrâneo¹¹², garantindo-se assim, e em conjugação com o acima exposto, a independência destes operadores face aos interesses de comercialização e de aprovisionamento de gás natural. Neste âmbito, foi introduzida, pelo Decreto-Lei n.º 77/2011, a obrigatoriedade dos operadores do terminal de GNL e de armazenamento subterrâneo elaborarem um programa de conformidade que contemplasse as medidas adotadas para excluir comportamentos discriminatórios¹¹³.

Os requisitos relativos à separação jurídica dos operadores das redes de distribuição de eletricidade e de gás natural foram também reforçados, com o intuito de fortalecer a independência dos referidos operadores face aos interesses das restantes atividades da cadeia de valor quer da eletricidade quer do gás natural, designadamente eliminando o risco de discriminação no acesso às redes e impedindo a troca de informações de natureza comercial. Neste âmbito, foi também introduzida, à semelhança

¹¹⁰ N.º 1 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e n.º 1 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹¹¹ Artigos 25.º-A do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e 21.º-A do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹¹² N.ºs 1 e 2 do artigo 20.º-A do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹¹³ Artigo 20.º-B do Decreto-Lei n.º 230/2012.

do descrito no parágrafo *supra*, pelos Decretos-Lei n.º 78/2011 e 77/2011, a obrigatoriedade dos operadores das redes de distribuição elaborarem um programa de conformidade¹¹⁴.

Quanto à atividade de comercialização, o acesso ao seu exercício foi simplificado através dos Decretos-Lei n.º 78/2011 e 77/2011, ficando o mesmo sujeito apenas a registo, em detrimento da licença que era anteriormente legalmente exigida¹¹⁵. Ainda no âmbito da atividade de comercialização, foi densificado o conceito de “comercializador de último recurso” e pormenorizadas as suas funções no âmbito dos respetivos setores. Este fenómeno foi mais marcante no mercado do gás natural, uma vez que foram contempladas duas figuras distintas: o “comercializador de último recurso retalhista”¹¹⁶ e o “comercializador de último recurso grossista”¹¹⁷.

Assistiu-se também a um reforço da proteção dos consumidores, tendo os seus direitos sido revigorados¹¹⁸. Os aspetos mais relevantes traduzem-se (i) na exigência de transparência no clausulado dos contratos de fornecimento de energia elétrica e/ou de gás natural; (ii) na possibilidade de mudança de comercializador sem custos associados; e (iii) no direito à compensação nos casos em que a qualidade de serviço não cumprisse os padrões estabelecidos pela ERSE.

¹¹⁴ Artigos 36.º-A do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e 31.º-A do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹¹⁵ N.º 1 do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e n.º 1 do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹¹⁶ N.ºs 3 e 6 do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹¹⁷ N.º 5 do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹¹⁸ Artigos 53.º do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e 47.º do Decreto-Lei n.º 230/2012.

2.5 O atual retrato dos setores da eletricidade e do gás natural

Observadas as alterações mais relevantes impostas pelos decretos-lei acima analisados, impõe-se agora uma breve conclusão que resuma a organização atual dos setores elétrico e de gás natural nacionais.

Como vimos ao longo da presente dissertação, a cadeia de valor no setor elétrico integra a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de eletricidade.

A produção é exercida em regime livre, estando apenas sujeita à obtenção prévia de licença. Distinguem-se, quanto à produção, duas classificações: (i) a produção em regime especial, na qual se insere a produção de eletricidade através, por exemplo, de centrais de cogeração ou de recursos endógenos, quer sejam renováveis ou não; e (ii) a produção em regime ordinário, que inclui toda a produção que não esteja abrangida pela regime especial, nomeadamente em centrais eletroprodutoras.

A energia elétrica produzida é encaminhada para a rede de transporte, atividade exercida pelo Operador da Rede de Transporte (a REN), em regime de concessão de serviço público. O transporte refere-se à veiculação de eletricidade numa rede de muito alta e alta tensão. A rede de transporte está interligada à rede de distribuição e ainda à rede espanhola em vários pontos do território nacional. Neste âmbito, compete à REN garantir o fornecimento ininterrupto de eletricidade e, tendo em conta que a eletricidade é um bem não armazenável,

cabe ainda à REN manter, a todo o momento, o equilíbrio entre a produção e o consumo.

A rede de distribuição veicula a energia elétrica até às instalações dos consumidores. Existem, contudo, alguns consumidores (os grandes consumidores) que estão ligados diretamente à rede de transporte. A atividade de distribuição de eletricidade em baixa tensão é exercida em regime de concessão pelos municípios, que têm a possibilidade de ceder a referida atividade a outras entidades, mediante o pagamento de uma renda. Existem atualmente treze operadores da rede de distribuição em baixa tensão¹¹⁹, sendo que a EDP Distribuição fornece a maior parte do território nacional. Esta última empresa detém ainda a concessão de distribuição de eletricidade em média e alta tensão. A distribuição é uma atividade regulada, exercida em regime de exclusividade, dado o caráter de monopólio natural das redes.

Desde setembro de 2006 que todos os consumidores de eletricidade podem escolher o seu comercializador no mercado liberalizado de eletricidade. Logo, a atividade de comercialização é exercida em regime livre¹²⁰, com exceção do comercializador de último recurso que está sujeito à obtenção de uma licença prévia. Esta evolução só foi possível com a extinção das tarifas reguladas de venda de eletricidade a clientes finais em baixa tensão normal, em Portugal continental, desde 1 janeiro de 2013, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 75/2012, de 26 de março.

¹¹⁹ Lista disponível em

[http://www.erse.pt/pt/electricidade/agentesdosector/pequenosdistribuidoresembaixatensao\(cooperativas\)/Paginas/default.aspx](http://www.erse.pt/pt/electricidade/agentesdosector/pequenosdistribuidoresembaixatensao(cooperativas)/Paginas/default.aspx), consultada em 12 de junho de 2014.

¹²⁰ A lista dos comercializadores em regime de mercado encontra-se disponível em <http://www.erse.pt/pt/electricidade/agentesdosector/comercializadores/Paginas/default.aspx>, consultada em 12 de junho de 2014.

Ainda assim, foram consagradas tarifas provisórias, até 31 de dezembro de 2015, para clientes finais em baixa tensão normal, com potência contratada inferior a 10,35 kVA, que não tenham exercido o seu direito de mudança de comercializador até àquela data. Posto isto, apenas no início do ano 2016, poder-se-á afirmar perentoriamente que todos os clientes finais, com exceção dos clientes mais vulneráveis que poderão continuar a usufruir de um regime excecional, consomem eletricidade comercializada em regime de mercado livre.

Atualmente, sabendo que Portugal não tem jazigos de gás natural, todo o gás natural consumido é importado de países terceiros, sendo uma parte recebida por gasodutos de alta pressão e outra por via marítima, sob a forma de GNL. A cadeia de valor no setor do gás natural integra seis atividades: (i) o aprovisionamento ou importação; (ii) a receção, o armazenamento e regaseificação de GNL; (iii) o armazenamento subterrâneo de gás natural; (iv) o transporte; (v) a distribuição; e (vi) a comercialização de gás natural.

O aprovisionamento é exercido em regime livre, sendo realizado através de compras de gás natural aos produtores. O gás natural adquirido é transportado em navios, em estado líquido, ou por gasodutos, em estado gasoso.

As atividades de receção, de armazenamento e regaseificação de GNL são exercidas em regime de concessão, em Sines, através do terminal de receção de GNL e da fábrica de regaseificação, sendo desenvolvidas pela REN Atlântico. Também a atividade de armazenamento subterrâneo de gás natural é exercida em regime de concessão exclusiva, em

cavernas localizadas no Carriço, sendo concessionárias desta atividade a Transgás Armazenamento e a REN Armazenamento.

A REN Gasodutos, concessionária exclusiva da atividade de transporte de gás natural, é o Operador da Rede de Transporte, responsável por assegurar a coordenação do funcionamento das respetivas infraestruturas, a continuidade e a segurança do abastecimento. O transporte consiste na veiculação de gás natural numa rede interligada de alta pressão, para efeitos de receção e entrega à rede de distribuição e a instalações fisicamente ligadas à rede de transporte.

A atividade de distribuição integra a exploração, a manutenção e o desenvolvimento de redes regionais, de gasodutos para fornecimento a clientes num área específica e das suas interligações com outras redes, assegurando a capacidade das redes a longo prazo. A distribuição de gás natural processa-se através da exploração da Rede Nacional de Distribuição de Gás Natural, mediante atribuição pelo Estado de concessões ou de licenças¹²¹ para distribuição de gás natural em média e baixa pressão, em regime de serviço público e em áreas de concessão ou licença locais exclusivas. Em Portugal existem redes de distribuição de gás natural ligadas à rede de transporte e outras que se encontram isoladas. Estas últimas incluem unidades autónomas de gaseificação que permitem, por um lado, receber GNL através de camiões-cisterna e, por outro lado, gaseificar o GNL e abastecer os clientes com gás natural através de uma rede de distribuição local.

¹²¹ Existem atualmente seis operadores da rede de distribuição regionais e cinco operadores da rede de distribuição locais, cuja listagem se encontra publicada em [http://www.erse.pt/pt/gasnatural/agentesdosector/OperadoresdasRedesdeDistribui](http://www.erse.pt/pt/gasnatural/agentesdosector/OperadoresdasRedesdeDistribui%20cao/Paginas/default.aspx) cao/Paginas/default.aspx, consultado a 12 de junho de 2014.

Os comercializadores¹²² podem livremente comprar e vender gás natural, estando o exercício desta atividade apenas sujeito a registo prévio. Mediante o pagamento de uma tarifa regulada têm o direito de acesso às instalações de armazenamento e terminais de GNL, às redes de transporte e às redes de distribuição. A atividade de comercialização é realizada em dois regimes distintos: (i) um regime de comercialização livre, mediante registo; e (ii) um regime de comercialização regulado, designado de último recurso, através de licença. Desde janeiro de 2010, todos os consumidores de gás natural têm o direito de escolher livremente o seu comercializador; até essa data, tal liberdade de escolha era apenas concedida aos centros eletroprodutores e aos consumidores industriais.

3. Efeitos do processo de liberalização dos mercados da eletricidade e do gás natural

No presente capítulo propomo-nos a fazer uma breve análise sobre os efeitos do processo de liberalização dos setores da eletricidade e do gás natural. Seria possível abordar esta temática de diversos ângulos, pelo que se torna essencial delimitar o âmbito da mesma.

Neste sentido, e de uma perspetiva prática, iremos avaliar se, apesar da abertura formal à concorrência, se pode falar num mercado efetivamente concorrencial nestes setores. Relacionado com este ponto, abordaremos, em consonância, a evolução dos preços de fornecimento de eletricidade e do gás natural.

¹²² A lista dos comercializadores em regime de mercado encontra-se disponível em <http://www.erse.pt/pt/gasnatural/agentesdosector/comercializadores/Paginas/default.aspx>, consultada em 12 de junho de 2014.

Pretendemos, assim, ponderar sobre a multiplicação de comercializadores em regime de mercado liberalizado e as suas consequências ao nível de preços praticados no mercado.

Por fim, debruçar-nos-emos sobre o direito de escolha dos consumidores relativamente ao comercializador de eletricidade e/ou de gás natural. Com esta abordagem, ambicionamos avaliar o nível de informação do consumidor, dito médio, e o exercício do seu direito de livre escolha do comercializador.

3.1 Evolução dos preços da eletricidade e do gás natural

O aumento efetivo da concorrência, decorrente do processo de liberalização dos setores da eletricidade e do gás natural, é uma evidência inegável. Veja-se, por exemplo, a quantidade de comercializadores em mercado livre que têm surgido no mercado nos últimos anos.

Dita a regra económica da oferta e da procura que quão mais elevada for a procura e menor for a oferta, mais baixos serão os preços; ao passo que, quão mais elevada for a oferta e menor a procura, mais elevados serão os preços. Não obstante, não é possível afirmar que os mercados da eletricidade e do gás natural se enquadrem numa destas situações. Na realidade, tem havido uma tendência de aumento da oferta. Contudo, não se tem verificado uma diminuição da procura, uma vez que a transição para o mercado livre ainda não se encontra concluído e tão-pouco tem havido uma diminuição do número total de consumidores que pudesse sustentar a diminuição da procura.

Posto isto, e ao contrário do que seria expectável, a liberalização do mercado energético não tem sido acompanhada por uma diminuição gradual dos preços a praticar aos clientes finais em mercado liberalizado. Ilustrar-se-á, de seguida, a realidade desde o ano 2009 até ao final do ano 2013, para ambos os setores, ainda que de forma segmentada. Os preços indicados excluem impostos e taxas potencialmente devidas, correspondem apenas ao preço da energia, *per si*.

Relativamente à eletricidade fornecida a consumidores domésticos, os preços praticados, em média, nos vinte e oito Estados-Membros têm vindo a aumentar: € 0,1224/KWh no início de 2009, € 0,1246/KWh no final de 2010, € 0,1314/KWh no final de 2011, € 0,1377/KWh no final de 2012 e € 0,1381/KWh no final de 2013. O caso português é um pouco distinto da realidade europeia, praticando no início de 2009 € 0,1264/KWh e no final do ano 2010 € 0,1061/KWh. Em dois anos houve uma forte diminuição do preço da eletricidade praticado neste segmento, ainda que, nos anos posteriores, os preços tenham acompanhado a tendência de aumento sentida no seio da União Europeia: € 0,1068/KWh no final de 2011, € 0,1174/KWh no final de 2012 e € 0,1243/KWh no final de 2014. Não obstante este aumento nos últimos anos, os preços praticados em Portugal encontram-se abaixo da média europeia¹²³.

No tocante à eletricidade fornecida a consumidores industriais (os ditos “grandes consumidores”), os preços praticados, em média, nos vinte e oito Estados-Membros têm sofrido flutuações

¹²³ Dados disponibilizados pelo EUROSTAT. Cf. http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=nrg_pc_204&lang=en

pouco significativas, mantendo-se razoavelmente constantes ao longo do período estudado: € 0,0956/KWh no início de 2009, € 0,0910/KWh no final de 2010, € 0,0932/KWh no final de 2011, € 0,0942/KWh no final de 2012 e € 0,0931/KWh no final de 2013. Também em Portugal os preços praticados neste segmento têm sofrido diversas oscilações, ainda que tenham sido mais pronunciadas relativamente à média europeia: € 0,0919/KWh no início de 2009, € 0,0867/KWh no final de 2010, € 0,0895/KWh no final de 2011, € 0,0992/KWh no final de 2012 e € 0,1010/KWh no final de 2013. Nos últimos dois anos, os preços praticados em Portugal revelaram-se mais elevados comparativamente à média dos vinte e oito Estados-Membros¹²⁴.

Quanto ao gás natural fornecido a consumidores domésticos, os preços praticados, em média, nos vinte e oito Estados-Membros têm aumentado, ainda que ultrapassando períodos de diminuição: € 0,0455/KWh no início de 2009, € 0,0434/KWh no final de 2010, € 0,0497/KWh no final de 2011, € 0,0543/KWh no final de 2012 e € 0,0545KWh no final de 2013. Neste segmento, a evolução de preços no mercado português foi marcada por uma agravação relevante dos preços: € 0,0564/KWh no início de 2009, € 0,0589/KWh no final de 2010, € 0,0643/KWh no final de 2011, € 0,0687/KWh no final de 2012 e € 0,0723/KWh no final de 2013. Desta análise conclui-se facilmente que os preços praticados em Portugal estão acima da média europeia¹²⁵.

¹²⁴ Dados disponibilizados pelo EUROSTAT. Cf.

http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=nrg_pc_205&lang=en

¹²⁵ Dados disponibilizados pelo EUROSTAT. Cf.

http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=nrg_pc_202&lang=en#

No que respeita ao gás natural fornecido a consumidores industriais, os preços praticados, em média, nos vinte e oito Estados-Membros, sofreram uma diminuição entre 2009 e 2010, tendo desde esse ano aumentado gradualmente: € 0,0335/KWh no início de 2009, € 0,0301/KWh no final de 2010, € 0,0331/KWh no final de 2011, € 0,0355/KWh no final de 2012 e € 0,0371KWh no final de 2013. Em Portugal, houve também uma ligeira diminuição entre 2009 e 2010 e, a partir desse ano, um aumento gradual, com outra ligeira diminuição dos preços durante o ano 2013: € 0,0353/KWh no início de 2009, € 0,0334/KWh no final de 2010, € 0,0380/KWh no final de 2011, € 0,0419/KWh no final de 2012 e € 0,0412KWh no final de 2013. Tal como no segmento analisado no parágrafo anterior, também neste os preços praticados no mercado nacional se encontram acima da média europeia¹²⁶.

Finda a breve pormenorização de preços descrita nos parágrafos anteriores, impõe-se concluir que o processo de liberalização do mercado energético não conduziu a uma diminuição, até ao momento, dos preços de fornecimento de eletricidade e de gás natural praticados, quer no segmento doméstico, quer no segmento industrial.

3.2 Direito de escolha do comercializador em regime de mercado livre

Tal como abordado ao longo desta dissertação, um dos objetivos máximos do processo de liberalização dos setores da

¹²⁶ Dados disponibilizados pelo EUROSTAT. Cf. http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=nrg_pc_203&lang=en

eletricidade e do gás natural traduziu-se na atribuição a todos os consumidores do direito de escolherem livremente o seu comercializador de eletricidade e/ou de gás natural. Outra mudança introduzida através do processo de liberalização do mercado energético foi o facto da atividade de comercialização ter passado a ser exercida em regime livre, mediante mero registo junto da DGEG.

Como veremos adiante nesta dissertação, de uma forma mais aprofundada, compete à ERSE, no âmbito das suas obrigações de proteção dos direitos dos consumidores, disponibilizar toda a informação relevante sobre o mercado liberalizado¹²⁷ e, mais concretamente, sobre o processo de mudança de comercializador¹²⁸. A informação relevante, redigida de uma forma simples e clara, encontra-se divulgada no sítio da internet da ERSE, estando, portanto, acessível a todos os consumidores que a queiram consultar.

Averiguando, agora, em termos práticos, se os consumidores conhecem efetivamente, ou não, o seu direito de livre escolha do comercializador de eletricidade e/ou gás natural, considerar-se-á a evolução do número de clientes no mercado liberalizado e ainda o peso relativo do consumo em mercado liberalizado face ao consumo total em Portugal.

¹²⁷ Cf.

<http://www.erse.pt/pt/electricidade/liberalizacaodosector/informacaosobreomercadoliberalizado/2014/Paginas/2014.aspx> e
<http://www.erse.pt/pt/gasnatural/liberalizacaodosector/InfoMercadoLiberalizado/Paginas/default.aspx>.

¹²⁸ Cf.

<http://www.erse.pt/pt/electricidade/liberalizacaodosector/escolhadoforneecedor/Paginas/default.aspx> e
<http://www.erse.pt/pt/gasnatural/liberalizacaodosector/escolhadecomercializador/Paginas/default.aspx>.

Uma primeira conclusão passará por constatar que, uma vez que Portugal ainda atravessa um período transitório, ao abrigo do qual os consumidores ainda não estão obrigados a ser fornecidos de eletricidade e de gás natural no mercado livre, poder-se-á concluir que os consumidores que transitam para o mesmo estão consciencializados do seu direito de escolher livremente o seu comercializador. Ressalvam-se, contudo, todos os novos clientes que apenas podem celebrar contratos de fornecimento de eletricidade e/ou de gás natural no mercado liberalizado, isto é, não é possível celebrar novos contratos no mercado regulado.

Relativamente à eletricidade, os últimos dados disponíveis são de maio de 2014, mês em que o mercado livre alcançou um número acumulado de cerca de 2800 mil clientes, representando um aumento exponencial face ao período homólogo do ano 2013, em que se encontravam no mercado liberalizado menos 64% de consumidores. O consumo, por sua vez, ascendeu a 34561 GWh em maio de 2014, correspondendo a um incremento de cerca de 19% em termos homólogos. O peso relativo do mercado liberalizado corresponde a 78% do consumo total de energia elétrica em Portugal¹²⁹.

O aumento percentual de consumo no mercado liberalizado da eletricidade é muito menor do que o aumento percentual do número de consumidores a serem fornecidos através do mercado liberalizado. Recorde-se que os grandes consumidores foram os primeiros a transitar para o mercado livre, ao passo que os consumidores domésticos ainda não estão obrigados a

¹²⁹ ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, *Resumo Informativo Mercado Liberalizado Eletricidade*, Maio 2014.

tal, por força do período transitório supramencionado. Neste sentido, os consumidores que, nos últimos meses, têm transitado para o mercado liberalizado são consumidores domésticos com um nível de consumo pouco relevante face ao consumo nacional, considerado na sua totalidade.

No último trimestre do ano passado, o número acumulado de clientes em atividade no mercado liberalizado de gás natural ascendeu a mais de 500 mil, um aumento exponencial face ao período homólogo do ano 2012, em que apenas se encontravam no mercado liberalizado cerca de 150 mil consumidores¹³⁰. A tendência de aumento do número de consumidores no mercado liberalizado continua a sentir-se em 2014, sendo que em março deste ano já se encontravam mais de 600 mil consumidores no mercado livre, representando um aumento de cerca de 16% por cento relativamente a dezembro de 2013¹³¹. O consumo de gás natural, sendo afetado por diversos fatores, entre os quais destacamos as condições meteorológicas, tem sofrido um decréscimo desde dezembro de 2013 até março deste ano. O peso relativo do mercado livre corresponde a 90% do consumo total de gás natural em Portugal.

A diferença percentual, respeitante ao peso relativo do mercado liberalizado face ao consumo total registado em Portugal, existente entre a eletricidade e o gás natural, poderá ser explicada pelo facto de o fornecimento de gás natural ser uma realidade mais recente do que o fornecimento de eletricidade, tal como descrevemos acima. Desta feita, compreende-se que

¹³⁰ ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, *Resumo Informativo Mercado Liberalizado Gás Natural*, 4.º Trimestre 2013.

¹³¹ ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, *Resumo Informativo Mercado Liberalizado Gás Natural*, 1.º Trimestre 2014.

existam mais clientes novos no mercado do gás natural, que são obrigados a celebrar os seus contratos em mercado livre, do que no mercado da eletricidade, que fora controlado historicamente pela EDP.

Em suma, a evolução do número de consumidores no mercado liberalizado e o peso relativo do consumo em mercado liberalizado face ao consumo total em Portugal são dois fatores que apontam para uma única conclusão. Os consumidores reconhecem o seu direito de livre escolha do comercializador de eletricidade e/ou de gás natural, sendo facilmente comprovável, como vimos acima, que os consumidores têm exercido esse seu direito.

IV As Entidades Reguladoras

1. A génese europeia

Encontra-se na Diretiva 96/92/CE a primeira referência da legislação europeia à designação por parte dos Estados-Membros de uma entidade independente no mercado da eletricidade¹³². Foi seguida, quanto ao gás natural, a mesma tendência, especificamente nos termos do n.º 2 do artigo 21.º da Diretiva 98/30/CE, onde foi introduzida a referência a uma entidade independente nesse mercado. Note-se que a competência atribuída à referida entidade independente, em ambas as diretivas, era bastante reduzida: “essa autoridade deverá (...) resolver os litígios respeitantes aos contratos, negociações e recusa de acesso”. Contudo, a temática da regulação nestas diretivas não se esgota nos artigos mencionados; segundo os artigos 22.º das Diretivas 96/92/CE e 98/30/CE, cada Estado-Membro deveria criar mecanismos adequados de regulamentação, controlo e transparência de modo a evitar abusos de posição dominante, estimulando, assim, a criação de condições apropriadas ao desenvolvimento saudável dos setores da eletricidade e do gás natural.

Como veremos, a configuração das entidades reguladoras foi-se desenvolvendo de modo a acompanhar e a auxiliar o processo de liberalização do mercado energético.

¹³² N.º 3 do artigo 20.º da Diretiva 96/92/CE.

1.1 O contributo das Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE

Nas Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE foi dado um segundo passo na configuração das entidades reguladoras, ao tornar-se obrigatória a atribuição, pelos Estados-Membros, a uma ou mais entidades, de funções regulatórias¹³³. Outra novidade introduzida por estas diretivas foi a obrigatoriedade de independência relativamente aos interesses dos respetivos setores. Contudo, a não imposição de independência relativamente ao poder governamental, revelar-se-ia uma deficiência no exercício das suas funções. As diretivas definiram, ainda, um conjunto mínimo de responsabilidades que deveriam ser atribuídas às entidades reguladoras, num esforço de harmonização entre os vários Estados-Membros: garantir a não discriminação, a concorrência efetiva e o funcionamento eficiente do mercado energético¹³⁴.

Reconheceu-se, assim, que a existência de uma regulação eficaz por parte dessas mesmas entidades seria um fator crucial na garantia de acesso não discriminatório às redes, devendo, por tal, as entidades reguladoras exercer competências para fixar ou aprovar *ex ante* as tarifas de acesso às redes¹³⁵ ou, pelo menos, a metodologia a utilizar para as calcular ou os termos e condições para o acesso às redes nacionais. Adicionalmente,

¹³³ "It may be noted that regulatory functions may be spread over several authorities if that is deemed appropriate by the Member State". PETER CAMERON, *Ob. cit.*, p.144.

¹³⁴ Cf. PETER CAMERON, *Ob. cit.*, p.145.

¹³⁵ A importância da fixação *ex ante* das tarifas de acesso às redes está relacionada com a segurança e estabilidade que é expectável, por forma a garantir a fiabilidade nos investimentos (recorde-se que as redes são infraestruturas que requerem um investimento volumoso). "These tariffs (...) are to allow the necessary investments in the networks to be carried out in a manner that allows these investments to insure the viability of the networks". PETER CAMERON, *Ob. cit.*, p.145.

identificou-se que deveria competir a essas entidades a monitorização das questões relacionadas com a segurança do fornecimento¹³⁶. Este reconhecimento traduz um princípio estrutural da lógica de mercado, resultante da necessidade de regular as práticas concorrenciais, em coexistência com as atividades reguladas dos setores da eletricidade e do gás natural.

Pela primeira vez, a temática das entidades reguladoras mereceu um artigo individualizado nas diretivas relativas às regras comuns aos mercados da eletricidade e do gás natural¹³⁷. Foram definidas as medidas que deveriam ser acompanhadas por estas entidades, das quais salientamos (i) as normas relativas à gestão e atribuição de capacidade de interligação; (ii) os mecanismos destinados a lidar com questões de congestionamento da rede nacional de eletricidade e de gás natural; (iii) a publicação pelos operadores das redes de transporte e de distribuição das informações relevantes quanto às interligações, à utilização da rede e à atribuição de capacidade aos interessados; (iv) a separação efetiva das contas para evitar subvenções cruzadas entre as atividades de produção, de transporte, de distribuição e de fornecimento, no caso da eletricidade, e entre as atividades de transporte, de distribuição, de armazenamento e de fornecimento, no caso do gás natural; (v) as condições e tarifas de ligação dos novos produtores de eletricidade; (vi) as condições de acesso ao armazenamento em instalações e na rede de gás natural; (vii) o nível de transparência e de concorrência; e (viii) a fixação ou

¹³⁶ Artigos 4.º da Diretiva 2003/54/CE e 5.º da Diretiva 2003/55/CE.

¹³⁷ Artigos 23.º da Diretiva 2003/54/CE e 25.º da Diretiva 2003/55/CE.

aprovação das condições e tarifas de ligação às redes nacionais de eletricidade e de gás natural.

Ao abrigo destas diretivas, os Estados-Membros foram incumbidos de instituir mecanismos de regulação, supervisão e transparência que permitissem evitar abusos de posição dominante e comportamentos predatórios por parte dos agentes de mercados, suscetíveis de afetar os direitos dos consumidores. Afirma-se, a este respeito, *“national regulators play a crucial role. They supervise both network operators and energy suppliers and ensure that market rules are complied with to the benefit of consumers”*¹³⁸.

1.2 O balanço das alterações

Em 2007, a Comissão Europeia realizou um balanço da atuação das entidades reguladoras nacionais, averiguando quais os aspetos que deveriam ser abordados em diretivas futuras. A grande conclusão retirada foi a manifesta falta de eficácia das entidades reguladoras, condicionada pela falta de independência das mesmas relativamente aos governos nacionais. Por tal, decidiu a Comissão que a posição das entidades reguladoras deveria ser reforçada de modo a deterem poderes bastantes para decidirem sobre todas as questões relevantes nos setores da eletricidade e do gás natural¹³⁹. Revelou-se ainda essencial garantir o reforço da colaboração entre as entidades reguladoras dos diversos Estados-Membros, sendo exigível aos governos que

¹³⁸ GÜNTHER OETTINGER, *The Importance of ACER for the Internal Energy Market*, p. 2.

¹³⁹ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Perspetivas para o Mercado Interno do Gás e da Eletricidade*, p. 14.

atribuíssem às mesmas um objetivo europeu comum: “*promoting competition, effective market opening and an efficient and secure network*”¹⁴⁰. Acompanhando as conclusões que foram retiradas da observação do mercado desde a transposição das Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE, especificamente quanto à necessidade de garantir a separação jurídica e contabilística entre os operadores das redes de transporte, fora essencial assegurar que as entidades reguladoras dispusessem de poderes suficientes para acompanhar e garantir o cumprimento do referido processo de separação.

Nesta altura considerou-se essencial que as entidades reguladoras nacionais pudessem atuar a nível europeu, em estreita cooperação com a ACER (que introduziremos abaixo) e com a Comissão Europeia de modo a assegurar o cumprimento do objetivo comum europeu, descrito no parágrafo anterior. Para que uma entidade reguladora no setor energético seja capaz de desempenhar as funções que lhe foram atribuídas é essencial, em primeiro lugar, que seja verdadeiramente independente do poder político e das empresas ou outras entidades que atuem no mercado energético. Neste sentido, os Estados-Membros deveriam garantir que as entidades reguladoras fossem pessoas jurídicas com autoridade sobre o seu orçamento (o qual deve ser autónomo), devendo ainda possuir recursos financeiros e humanos suficientes para cumprirem as suas atribuições. Estas entidades deveriam ainda ter poderes bastantes para adotar decisões vinculativas, sendo

¹⁴⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Questions and Answers – Energy Policy*, p. 6.

necessário, para tal, que os seus órgãos decisórios fossem igualmente independentes.

1.3 O ponto de viragem: as Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE

As Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE alocaram, pela primeira vez, um capítulo à questão das entidades reguladoras¹⁴¹. Este capítulo viria a ser um passo indispensável no enquadramento jurídico das entidades reguladoras nacionais, como analisaremos ao longo do presente subcapítulo.

A primeira grande alteração decorreu do n.º 1 do artigo 35.º da Diretiva 2009/72/CE e do n.º 1 do artigo 39.º da Diretiva 2009/73/CE, onde se estabeleceu que competiria a cada Estado-Membro designar uma única entidade reguladora a nível nacional. A possibilidade de atribuir a mais do que uma autoridade funções regulatórias no âmbito do mercado energético é claramente afastada ao abrigo destas diretivas.

Estas diretivas reforçaram também a independência das entidades reguladoras nacionais¹⁴². A independência não deve ser apenas asseverada quanto aos agentes que atuam nos mercados da eletricidade e do gás natural, mas também relativamente a quaisquer outras entidades públicas (incluindo o poder político) e privadas, assegurando que estas entidades

¹⁴¹ Em 2007, após um inquérito realizado, a Comissão Europeia concluiu que seria necessário reforçar os poderes das entidades reguladoras nacionais, concedendo-lhe maiores competências ao nível da regulamentação. Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os Setores Europeus do Gás e da Eletricidade (Relatório Final)*, p. 14.

¹⁴² N.ºs 1 e 4 dos artigos 35.º da Diretiva 2009/72/CE e 39.º da Diretiva 2009/73/CE.

exercem os seus poderes de modo transparente e imparcial. Por outro lado, exige-se ainda que as provisões de independência aplicáveis às entidades reguladoras também o sejam ao seu pessoal. O objetivo é garantir que o pessoal responsável pela gestão da entidade reguladora aja de forma independente de quaisquer interesses do mercado e imparcialmente no exercício das suas funções. Contudo, esta exigência de independência não restringe a cooperação com entidades terceiras, fundamental para o cumprimento de alguns dos seus objetivos; senão vejamos: *"the provisions of independence do not deprive the NRA of the possibility (and duty) to consult or cooperate with other relevant (national and European) authorities, such as (...) competition authorities"*¹⁴³.

Para garantir a independência das entidades reguladoras nacionais, cada Estado-Membro deveria assegurar que as mesmas (i) possam tomar decisões autónomas relativamente ao poder político; (ii) disponham dos recursos humanos e financeiros adequados ao exercício das suas obrigações; (iii) gozem de autonomia na execução do seu orçamento autónomo; e (iv) ainda que os membros do conselho da entidade reguladora fossem nomeados por um período fixo de cinco a sete anos, renovável uma vez¹⁴⁴. A capacidade de tomarem decisões de forma autónoma deve ser analisada de uma perspetiva *ex ante*, exigindo-se a não interferência por parte de entidades terceiras no momento anterior à tomada de decisões, e de uma perspetiva *ex post*, impondo-se a aplicação vinculativa e imediata das suas decisões, sem necessidade de aprovação de

¹⁴³ EUROPEAN COMMISSION, *The Regulatory Authorities*, p.7.

¹⁴⁴ N.º 5 dos artigos 35.º da Diretiva 2009/72/CE e 39.º da Diretiva 2009/73/CE.

qualquer outra autoridade pública. Como referido, as entidades reguladoras devem ter um orçamento autónomo. De acordo com a Comissão Europeia, a forma mais transparente de o garantir é através de um orçamento que provenha diretamente dos consumidores de eletricidade e gás natural¹⁴⁵. Mais, exige-se que apenas a entidade reguladora possa decidir a forma como o orçamento deve ser aplicado.

Encontram-se elencados nas diretivas os objetivos gerais das entidades reguladoras¹⁴⁶, entre os quais se destacam (i) a promoção da abertura efetiva do mercado a todos os clientes e comercializadores; (ii) o desenvolvimento de mercados regionais concorrenciais em bom funcionamento; (iii) o desenvolvimento da capacidade de transporte transfronteiriço de modo a reforçar as interligações; (iv) a facilitação do acesso à rede de novas capacidades de produção com especial relevância para a produção de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis; (v) o aumento da eficiência das redes; (vi) a promoção de uma concorrência efetiva e proteção dos consumidores; e (vii) a garantia de alto nível de serviço universal e contribuição para a proteção dos consumidores mais vulneráveis. Compete às entidades reguladoras, no seio das suas obrigações e poderes, adotar todas as medidas adequadas na prossecução dos mencionados objetivos.

Por outro lado, as suas principais obrigações¹⁴⁷ seriam (i) estabelecer ou aprovar tarifas de acesso às redes de transporte e distribuição¹⁴⁸; (ii) assegurar que não existem subvenções

¹⁴⁵ Cf. EUROPEAN COMMISSION, *The Regulatory Authorities*, p. 9.

¹⁴⁶ Artigos 36.º da Diretiva 2009/72/CE e 40.º da Diretiva 2009/73/CE.

¹⁴⁷ Artigos 37.º da Diretiva 2009/72/CE e 41.º da Diretiva 2009/73/CE.

¹⁴⁸ O núcleo desta obrigação já houvera sido estabelecido pelas diretivas de 2003.

cruzadas entre as atividades de transporte, distribuição e comercialização; (iii) monitorizar o nível de transparência dos preços; (iv) monitorizar o grau e a eficácia da abertura do mercado e concorrência aos níveis grossista e retalhista; (v) fiscalizar a ocorrência de práticas contratuais restritivas, tais como a inclusão de cláusulas de exclusividade em contratos de fornecimento de eletricidade e de gás natural; (vi) monitorizar o tempo que os operadores de transporte e de distribuição demoram a executar as ligações e reparações; e (vii) assegurar o acesso aos dados de consumo dos clientes. Relativamente às obrigações de monitorização enunciadas anteriormente, as diretivas permitiram que fossem os Estados-Membros a decidir se tais obrigações deveriam ser satisfeitas pelas entidades reguladoras ou por outras autoridades¹⁴⁹.

Para o cumprimento das obrigações que lhes estão incumbidas, as entidades reguladoras devem dispor de algumas competências mínimas¹⁵⁰, das quais destacamos (i) emitir decisões vinculativas sobre as empresas de eletricidade e de gás natural; (ii) realizar inquéritos sobre o funcionamento dos mercados; (iii) impor medidas para fomentar a concorrência; (iv) exigir informações relevantes às empresas de eletricidade e de gás natural; (v) impor sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas às empresas de eletricidade e de gás natural que não cumpram as suas obrigações; (vi) conduzir procedimentos para resolução de litígios; e (vii) efetuar inspeções, anunciadas ou não, nas instalações da empresa verticalmente integrada e do operador da rede de transporte. Estas competências (ou

¹⁴⁹ N.º 2 dos artigos 37.º da Diretiva 2009/72/CE e 41.º da Diretiva 2009/73/CE.

¹⁵⁰ N.ºs 4 e 5 dos artigos 37.º da Diretiva 2009/72/CE e 41.º da Diretiva 2009/73/CE.

poderes) não podem ser encaradas de uma forma exaustiva, sendo da responsabilidade cada Estado-Membro garantir que as entidades reguladoras dispõem de poderes bastantes para cumprir de forma eficiente e expedita as suas obrigações¹⁵¹. No tocante à competência para imporem sanções efetivas às empresas do setor, cumpre esclarecer que os Estados-Membros devem optar entre permitir que as entidades reguladoras apliquem sanções ou que tal atribuição seja exclusivamente dos tribunais¹⁵².

Por fim, a atividade das entidades reguladoras deve estar sujeita a escrutínio por parte do poder judicial¹⁵³. Neste sentido, as entidades reguladoras devem basear as suas decisões em critérios objetivos, ficando sujeitas a obrigações de transparência (aplicáveis também à forma de utilização do orçamento). Mais, sendo as decisões das entidades reguladoras suscetíveis de recurso para o tribunal competente, devem as mesmas ser exaustivamente fundamentadas, de modo a permitir a apreciação adequada por parte do juiz¹⁵⁴. À luz deste princípio, é ainda recomendável que todos os atos relevantes praticados pelas entidades reguladoras, nomeadamente recomendações, consultas públicas e estudos, sejam publicados e disponibilizados aos consumidores e outros interessados.

¹⁵¹ Cf. EUROPEAN COMMISSION, *The Regulatory Authorities*, p. 17.

¹⁵² Esta opção do legislador europeu prendeu-se com o facto de, em alguns Estados-Membros, as entidades independentes não poderem, por razões constitucionais, aplicar sanções. Cf. EUROPEAN COMMISSION, *The Regulatory Authorities*, p. 18.

¹⁵³ "While accountability is very important under the new legislative framework, it cannot be used as an excuse to infringe the requirements on independence". EUROPEAN COMMISSION, *The Regulatory Authorities*, p. 20.

¹⁵⁴ N.º 16 dos artigos 37.º da Diretiva 2009/72/CE e 41.º da Diretiva 2009/73/CE.

1.4 Conclusões

O papel das entidades reguladoras no contexto do mercado energético tem vindo a desenvolver-se ao longo dos anos, aprofundando-se gradativamente, acompanhando, desta forma, os progressos alcançados no processo de liberalização dos setores da eletricidade e do gás natural.

A independência é uma característica que preocupou o legislador europeu desde cedo. Contudo, advogamos que a independência nunca será verdadeiramente alcançada enquanto as entidades reguladoras não dispuserem de poderes bastantes para impor as suas decisões, que devem ter um caráter vinculativo e não apenas orientador. Por tal, consideramos que apenas em 2009 foi dado o passo crucial para garantir a independência das entidades reguladoras, estabelecendo-se que as mesmas deveriam ter, enquanto competência mínima, o poder de impor sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas às empresas de eletricidade e de gás natural incumpridoras das suas obrigações. A atribuição de poderes sancionatórios a estas entidades é indispensável para que possam, efetivamente, afastar-se do poder governamental.

Tendo sido perçetível ao longo desta dissertação que a liberalização do mercado, acompanhada pela imposição de regras concorrenciais no mercado energético, não é suficiente para atingir o objetivo pretendido, ou seja, a entrada de novos agentes económicos no mercado e a liberdade de escolha do consumidor. Defendemos que a entrada de novos agentes apenas será possível por meio de políticas regulatórias bem definidas e implementadas, pois, como já se descreveu, o

mercado energético foi marcado por monopólios nacionais, que controlavam toda a cadeia de valor da eletricidade e do gás natural. Esses monopólios não teriam interesse em investir em interligações europeias, pois expô-los-ia a concorrência nos seus próprios mercados nacionais.

Posto isto, o setor energético é, a nosso ver, o exemplo perfeito para se afirmar que apenas através da regulação poderá haver concorrência. Referimo-nos a um tipo de regulação que respeita os princípios da concorrência e pauta pelo fomento da mesma.

2. As iniciativas europeias

Descrita a evolução das políticas legislativas europeias relacionadas com as entidades reguladoras nos setores da eletricidade e do gás natural, importa agora fazer uma breve referência às iniciativas europeias destinadas à aproximação de políticas regulatórias entre os Estados-Membros e à cooperação entre as diversas entidades reguladoras dos Estados-Membros.

2.1. Conselho dos Reguladores Europeus da Energia (*Council of European Energy Regulators*)

Em março de 2000, dez entidades reguladoras nacionais no setor da energia assinaram o Memorando de Entendimento para o Estabelecimento do Conselho de Reguladores Europeus de Energia. Os dez signatários criaram o CEER, visando a cooperação das entidades reguladoras dos vários Estados-Membros e a criação de vantagens competitivas, eficientes e

sustentáveis no seio do mercado energético interno. O CEER surgiu, assim, através da cooperação voluntária entre entidades reguladoras nacionais e pelo intercâmbio das melhores práticas.

Face aos problemas crescentes e ambicionando a cooperação a nível operacional, os dez signatários decidiram, em 2003, estabelecer-se formalmente como uma associação sem fins lucrativos de direito belga.

Atualmente, o CEER conta com a participação das entidades reguladoras de todos os Estados-Membros, atuando como uma plataforma para a cooperação, a partilha de informações e a assistência entre as entidades reguladoras nacionais. Está intimamente ligado à ACER, uma vez que estas duas entidades partilham objetivos similares.

2.2 Grupo Europeu de Reguladores da Eletricidade e do Gás Natural (*European Regulators' Group for Electricity and Gas*)

O ERGEG foi instituído pela Comissão Europeia em 2003, através da Decisão n.º 2003/796/CE, de 11 de dezembro, no seguimento das Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE, nas quais foi formulada a exigência de designação, pelos Estados-Membros, de uma entidade com funções reguladoras que se revelasse totalmente independente dos interesses da indústria da eletricidade e do gás natural. Nestas circunstâncias, o ERGEG foi criado como órgão consultivo, com o objetivo de facilitar a consulta, a coordenação e a cooperação entre as entidades reguladoras dos Estados-Membros, e entre essas e a Comissão,

ambicionando a consolidação do mercado interno e assegurando a correta aplicação em todos os Estados-Membros das Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE¹⁵⁵.

Ainda que o trabalho desenvolvido pelo ERGEG tenha sido meritório, uma vez que contribuiu para a coordenação regulamentar nos setores da eletricidade e do gás natural, um órgão consultivo tornar-se-ia insuficiente face às exigências do processo de liberalização que a União Europeia estava a implementar. Tornou-se, então, inevitável a criação de um órgão a nível europeu ao qual fossem cometidas competências regulatórias mais eficazes e mais concertadas, orientadas para as necessidades, à data, do mercado energético interno. Com a ACER totalmente operacional, e uma vez que a mesma iria continuar o trabalho efetuado pelo ERGEG, a Comissão Europeia, mediante a Decisão n.º 2011/280/UE, de 16 de maio, revogar a Decisão n.º 2003/796/CE e dissolver o ERGEG, com efeitos a partir de 1 de julho de 2011¹⁵⁶.

2.3 Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia (*Agency for the Cooperation of Energy Regulators*)

Com o objetivo de melhorar a cooperação entre as entidades reguladoras dos vários Estados-Membros e de contribuir para o funcionamento eficaz dos mercados internos da eletricidade e do gás natural, o Regulamento n.º 713/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, instituiu a ACER.

¹⁵⁵ Cf. Considerando n.º 6 da Decisão n.º 2003/796/CE.

¹⁵⁶ Cf. Considerandos n.ºs 3 e 4 da Decisão n.º 2011/280/UE.

A ACER é uma entidade europeia dotada de personalidade jurídica, estando totalmente operacional desde março de 2011. Enquanto entidade supranacional, e de modo a poder prosseguir a sua missão, deve ser independente face aos agentes que atuam nos setores elétrico e do gás natural, pautando por critérios de transparência.

A ACER desempenha um papel fundamental na integração europeia dos mercados da eletricidade e do gás natural, na medida em que desempenha funções de fiscalização dos referidos mercados. As suas atribuições estendem-se ainda à cooperação regional, à execução de atividades da rede europeia e à cooperação entre os operadores das redes de transporte. Para tal, a ACER foi dotada de competências que, a nosso ver, são algo limitadas para a prossecução da missão que lhe foi cometida. Ora vejamos, a ACER pode (i) emitir pareceres e recomendações aos operadores das redes de transporte e às entidades reguladoras nacionais; (ii) apresentar orientações-quadro não vinculativas relativamente às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de eletricidade e às condições de acesso às redes de transporte de gás natural; (iii) aprovar decisões individuais sobre questões técnicas, conforme o artigo 7.º do Regulamento n.º 713/2009, sobre questões regulamentares que se insiram no âmbito das competências das entidades reguladoras nacionais, dentro dos limites do artigo 8.º do Regulamento n.º 713/2009, e sobre isenções nos termos do artigo 9.º do Regulamento n.º 713/2009¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Artigo 4.º do Regulamento n.º 713/2009.

Perante a análise feita, tendemos a concluir que o objetivo de criar uma entidade supranacional, dotada de personalidade jurídica, capaz de suprir as falhas identificada num órgão consultivo, não foi atingido. Sem prejuízo do poder (muito limitado) de emitir decisões individuais vinculativas, as demais competências da ACER são facilmente comparáveis às de um órgão meramente consultivo. Em suma, defendemos que a ACER desempenha, atualmente, um papel consultivo de apoio à Comissão Europeia na análise do comportamento do mercado¹⁵⁸, sem poderes relevantes. Mais, não dispõe de quaisquer poderes sancionatórios que, a nosso ver, deveriam existir para pautar a atuação não só das entidades reguladoras nacionais, mas também dos próprios agentes de mercado e sancioná-la em caso de inconformidades.

3. O caso português

Aquando da publicação do Decreto-Lei n.º 182/95 constatou-se que a existência de vários intervenientes no Sistema Elétrico Público e no Sistema Elétrico Independente implicaria a criação de mecanismos de relacionamento comercial que assegurassem a transparência e a não discriminação. Por tal, foi instituída uma entidade reguladora “com marcadas características de independência e com a natureza de pessoa coletiva de direito público, a quem são cometidas as funções de estabelecer os mecanismos de regulação do sistema, por forma a assegurar as

¹⁵⁸ “ACER has broad advisory functions to the Commission. Most importantly, ACER will regularly monitor the internal market and point to possible improvements”. GÜNTHER OETTINGER, *The Importance of ACER for the Internal Energy Market*, p. 2.

condições que confirmam uma maior racionalidade económica e uma maior confiança dos diversos operadores”¹⁵⁹.

3.1 A instituição e a evolução da ERSE

Foi criada em Portugal, em 1995, pelo Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de julho, a Entidade Reguladora do Setor Elétrico, com natureza de pessoa coletiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, que tinha por finalidade a regulação do sistema elétrico nacional¹⁶⁰. Contudo, só em 1997 inaugurou o seu funcionamento, ano em que foi constitucionalizado o conceito de entidades administrativas independentes (revisão constitucional de 1997) e aprovados os seus estatutos pelo Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de fevereiro. Nesta data, as suas competências restringiam-se apenas ao setor elétrico.

O Decreto-Lei n.º 14/2001, de 27 de janeiro, veio prever a aplicação de mecanismos de regulação ao setor do gás natural. Neste sentido, o alargamento das atribuições da Entidade Reguladora do Setor Elétrico ao setor do gás natural aconteceu em 2002, através da publicação do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril. Por força do n.º 1 do artigo do Decreto-Lei n.º 97/2002, a Entidade Reguladora do Setor Elétrico passou a denominar-se Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, tendo a sigla sido preservada. O referido diploma aprovou ainda os novos estatutos da ERSE¹⁶¹, que constam em anexo e dele

¹⁵⁹ 11.º Parágrafo do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho.

¹⁶⁰ N.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 187/95.

¹⁶¹ Alterados pelos Decretos-Lei n.º 200/2002, de 25 de setembro, 212/2012, de 25 de setembro, e 84/2013, de 25 de junho.

fazem parte integrante, visando a regulação de um novo setor. A opção de concentrar na ERSE a regulação da eletricidade e do gás natural é justificada não só pela orientação europeia nesse sentido, que resultou na tendência seguida pelos vários Estados-Membros, mas também pela afinidade existente entre os dois mercados, importando conferir-lhes uma unidade e coerência na aplicação dos princípios, não descuidando as especificidades de cada um¹⁶². Acresce ainda que a eletricidade e o gás natural não são produtos concorrentes (pense-se, por exemplo, que é produzida energia elétrica através de gás natural), pelo que as decisões de regulação que tenham repercussão ao nível das escolhas dos consumidores refletem-se em ambos os mercados¹⁶³.

A profunda alteração da ERSE, operada pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, no seguimento da transposição para o direito nacional das Diretivas 96/92/CE e 98/30/CE, assentou em três princípios essenciais: (i) a abertura progressiva dos mercados da eletricidade e do gás natural às regras de concorrência; (ii) a garantia de obrigações de serviço público; e (iii) a implementação de mecanismos tendentes a assegurar a igualdade de tratamento, a transparência e a não discriminação no acesso às redes de transporte e de distribuição de eletricidade e de gás natural e no relacionamento entre os diversos operadores do mercado. Nesta data, foi feito um esforço para introduzir na organização e no regime da ERSE as alterações necessárias para clarificar os aspetos menos conseguidos até então e para aperfeiçoar as suas características

¹⁶² Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 97/2002.

¹⁶³ Cf. VITAL MOREIRA, "A Regulação do Gás Natural", *A Mão Invisível – Mercado e Regulação*, p. 23.

de independência, reforçando-se, *a posteriori*, a sua fiabilidade pública e confiança por parte de terceiros.

A ERSE é, então, a entidade responsável pela regulação dos setores elétrico e do gás natural ao nível nacional. A regulação técnica manteve-se na estrutura clássica da Administração Pública, especificamente na DGEG. Atualmente, a ERSE, assim como todas as entidades reguladoras reconhecidas como tal pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto¹⁶⁴, é uma pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente, com atribuições em matéria de regulação económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos setores privado, público, cooperativo e social¹⁶⁵. A sua capacidade jurídica abrange a prática de todos os atos jurídicos, o gozo de todos os direitos e a sujeição a todas as obrigações necessárias à prossecução das suas atribuições¹⁶⁶.

3.2 Finalidade da regulação e atividades sujeitas a regulação

A regulação do sistema elétrico nacional e do sistema nacional de gás natural tem por finalidade contribuir para assegurar a eficiência e a racionalidade das atividades em termos objetivos, transparentes, não discriminatórios e concorrenciais, através da

¹⁶⁴ Que aprovou a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras.

¹⁶⁵ N.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 67/2013.

¹⁶⁶ N.º 1 dos artigos 12.º da Lei n.º 67/2013 e 4.º dos Estatutos da ERSE.

contínua supervisão e acompanhamento, integrada nos objetivos da realização do mercado interno energético¹⁶⁷.

Como vimos anteriormente, no setor elétrico, estão sujeitas a regulação as atividades de transporte, de distribuição, de comercialização de último recurso e de operação logística de mudança de comercializador. No caso do setor do gás natural, estão sujeitas a regulação, as atividades de receção, armazenamento e regaseificação de GNL, de armazenamento subterrâneo, de transporte, de distribuição, de comercialização de último recurso e de operação logística de mudança de comercializador. A regulação a que nos referimos é atribuída à ERSE.

4. A Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

A ERSE é, então, a entidade, a nível nacional, responsável pela regulação dos setores elétrico e do gás natural. A regulação técnica manteve-se na estrutura clássica da Administração Pública, especificamente na DGEG. Atualmente, a ERSE, assim como todas as entidades reguladoras reconhecidas como tal pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto¹⁶⁸, é uma pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente, com atribuições em matéria de regulação económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos setores provado,

¹⁶⁷ Artigos 56.º do Decreto-Lei n.º 215.º-A/2012 e 50.º do Decreto-Lei n.º 230/2012 e n.º 1 do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁶⁸ Que aprovou a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras.

público, cooperativo e social¹⁶⁹. A sua capacidade jurídica abrange a prática de todos os atos jurídicos, o gozo de todos os direitos e a sujeição a todas as obrigações necessárias à prossecução das suas atribuições¹⁷⁰.

4.1 Atribuições da ERSE

A intervenção da ERSE nos setores da eletricidade e do gás natural deverá estar enquadrada com os objetivos gerais estabelecidos legalmente¹⁷¹, de acordo com as orientações europeias. A ERSE tem uma lista extensa de atribuições relativamente aos dois setores regulados¹⁷², que em muito ultrapassa o conjunto mínimo de atribuições definidas pelas diretivas de 2009.

A ERSE deve proteger os direitos e interesses dos consumidores, especialmente dos mais vulneráveis, em relação a preços e qualidade do serviço, promovendo a sua informação e esclarecimento¹⁷³. A proteção dos consumidores tem sido uma preocupação constante e central do legislador europeu e nacional, formulada como objetivo geral da regulação, visando a promoção de elevados níveis de qualidade de serviço, o fomento da concorrência e a implementação de medidas adequadas de proteção dos consumidores, com especial relevância quanto aos consumidores mais vulneráveis¹⁷⁴. A título exemplificativo, a

¹⁶⁹ N.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 67/2013.

¹⁷⁰ N.º 1 dos artigos 12.º da Lei n.º 67/2013 e 4.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁷¹ Artigos 57.º-A do Decreto-Lei n.º 215.º-A/2012 e 51.º-A do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹⁷² Artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁷³ Al. a) do n.º 2 do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁷⁴ Als. f) a i) dos artigos 57.º-A do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e 51.º-A do Decreto-Lei n.º 230/2012.

ERSE dispõe de uma unidade funcional denominada “Apoio ao Consumidor de Energia”, que intervém em três grandes áreas: informação, formação e resolução de conflitos. Neste âmbito, disponibiliza e mantém atualizada a informação constante do seu sítio da internet, responde a questões e/ou pedidos concretos, organiza ações de formação, disponibiliza simuladores (úteis no momento da contratação de um comercializador) e outras ferramentas auxiliaadoras no momento da tomada de decisões por parte dos consumidores.

A ERSE deve garantir condições que permitam o equilíbrio económico e financeiro dos setores regulados, tendo a obrigação de velar pelo cumprimento das obrigações de serviço público por parte dos regulados¹⁷⁵. Neste sentido, compete-lhe ainda monitorizar as atividades desenvolvidas pelos agentes que atuam nestes mercados, garantindo, designadamente que os operadores das redes recebem os incentivos necessários por forma a garantir o aumento da eficiência das redes e a promoção da integração do mercado¹⁷⁶.

A ERSE deve contribuir para a progressiva melhoria das condições económicas, qualitativas, técnicas e ambientais dos setores regulados, estimulando, nomeadamente, a adoção de práticas que promovam a eficiência energética e a existência de padrões adequados de qualidade de serviço¹⁷⁷.

De uma forma geral, compete à ERSE monitorizar os planos de investimento existentes para os setores regulados, de modo a

¹⁷⁵ Als. b) e c) do n.º 2 do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁷⁶ Als. c) e e) dos artigos 57.º-A do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e 51.º-A do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹⁷⁷ Al. d) do n.º 2 do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

assegurar, no caso da eletricidade, a segurança de abastecimento e, no caso do gás natural, a existência de reservas estratégicas¹⁷⁸. Por outro lado, deve garantir a existência de condições que permitam satisfazer, de forma eficiente, a procura de eletricidade e de gás natural¹⁷⁹.

Cabe à ERSE cooperar com a Autoridade da Concorrência de forma a fomentar a concorrência nos mercados e a fiscalizar a aplicação da legislação de concorrência¹⁸⁰. Deve ainda coordenar a sua atividade com a ACER, entre outras entidades europeias e internacionais, velando pela transparência e pelo bom funcionamento dos mercados¹⁸¹. Nesta ótica, a ERSE deve acompanhar, monitorizar e fomentar o processo de liberalização do mercado¹⁸², zelando pela abertura efetiva do mercado a todos os consumidores e pelo funcionamento eficaz das redes¹⁸³. A ERSE deverá visar o desenvolvimento de mercados regionais concorrenciais¹⁸⁴, nomeadamente a criação do mercado ibérico (o MIBEL e o MIBGÁS).

Relativamente à missão da ERSE no prosseguimento da implementação do processo de liberalização dos mercados da eletricidade e do gás natural, compete-lhe publicar no seu sítio da internet toda a informação necessária à mudança de comercializador, designadamente a data de extinção das tarifas

¹⁷⁸ Als. g) a i) do n.º 2 do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁷⁹ Al. j) do n.º 2 do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁸⁰ Al. m) do n.º 2 do artigo 3.º e artigo 5.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁸¹ Al. n) do n.º 2 do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁸² "A prerequisite to a successful programme of liberalization in the network-bound sector of the energy market is the establishment of an independent regulator charged with taking action to promote competition". PETER CAMERON, *Ob. cit.*, p.30.

¹⁸³ Al. a) dos artigos 57.º-A do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e 51.º-A do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹⁸⁴ Al. b) dos artigos 57.º-A do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e 51.º-A do Decreto-Lei n.º 230/2012.

reguladas de venda de eletricidade e de gás natural a clientes finais, os efeitos associados à ausência de mudança para um comercializador em regime de mercado livre e a lista de todos os comercializadores de eletricidade e de gás natural a atuar no mercado¹⁸⁵.

A ERSE deve decidir os litígios que surjam entre os intervenientes nos setores da eletricidade e do gás natural e promover a arbitragem entre os operadores e os consumidores, com vista à resolução de pleitos relativos a matérias sobre as quais não esteja obrigada a decidir¹⁸⁶.

Incumbe ainda à ERSE promover a certificação dos operadores da Rede Nacional de Transporte de Eletricidade e da Rede Nacional de Transporte de Gás Natural¹⁸⁷, em cumprimento do disposto nos artigos 25.º-A do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e 21.º-A do Decreto-Lei n.º 230/2012, respetivamente. No âmbito deste processo, e de uma perspetiva geral, a ERSE deve monitorizar o relacionamento entre os operadores das redes de transporte e as empresas verticalmente integradas, podendo impor sanções por comportamentos discriminatórios, atuando como autoridade de resolução de litígios que possam surgir¹⁸⁸. Compete ainda à ERSE aprovar o programa de conformidade dos operadores das redes de distribuição de eletricidade e gás natural¹⁸⁹, cuja relevância para a monitorização do cumprimento

¹⁸⁵ Artigos 6.º do Decreto-Lei n.º 74/2012 e do Decreto-Lei n.º 75/2012, ambos de 26 de março.

¹⁸⁶ Als. t) e u) do n.º 2 do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁸⁷ Al. w) do n.º 2 do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁸⁸ Als. a) e c) do n.º 4 do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁸⁹ N.º 5 dos artigos 36.º-A do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e 31.º-A do Decreto-Lei n.º 230/2012.

dos requisitos de separação jurídica e para o incremento da transparência avaliámos anteriormente.

4.2 Competências da ERSE

O capítulo II dos Estatutos da ERSE trata das suas competências. Na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, este capítulo tinha apenas três secções: competências relativamente ao setor elétrico, competências relativamente ao setor do gás natural e competências comuns. Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 212/2012 e 84/2013, passaram a existir seis secções, que agora abordaremos.

A secção I contém apenas um artigo, que define as competências genéricas da ERSE. A ERSE dispõe de competências para prosseguir as suas finalidades e atribuições constantes dos Estatutos e da legislação que regula o Sistema Elétrico Nacional e o Sistema Nacional de Gás Natural, em consonância com o n.º 1 do artigo 4.º dos Estatutos da ERSE. Essas competências são de natureza regulamentar, de regulação e supervisão, consultiva, sancionatória e de arbitragem¹⁹⁰, sendo que cada uma das secções subsequentes define uma das referidas competências.

4.2.1 Competência regulamentar

A ERSE dispõe de competência para a elaboração e aprovação de regulamentos, os quais devem conter regras gerais e

¹⁹⁰ N.º 2 do artigo 8.º dos Estatutos da ERSE.

abstratas, destinados à aplicação da legislação que disciplina a organização e o funcionamento dos setores da eletricidade e do gás natural¹⁹¹. A ERSE pode prever, nos seus regulamentos, a possibilidade de autorregulação por parte dos operadores, na medida em que adotem regulamentos internos conformados com as orientações adotadas pela ERSE.

No âmbito do setor elétrico existem atualmente oito regulamentos¹⁹²: (i) Operação das Redes; (ii) Acesso às Redes e às Interligações; (iii) Rede de Transporte; (iv) Rede de Distribuição; (v) Tarifário; (vi) Relações Comerciais; (vii) Qualidade de Serviço; e (viii) Mediação e Conciliação de Conflitos. Relativamente ao setor do gás natural, existem seis regulamentos¹⁹³: (i) Operação das Infraestruturas; (ii) Acesso às Redes, às Infraestruturas e às Interligações; (iii) Tarifário; (iv) Relações Comerciais; (v) Qualidade de Serviço; (vi) Mediação e Conciliação de Conflitos.

Os regulamentos de Acesso às Redes e às Interligações e de Acesso às Redes, às Infraestruturas e às Interligações, relativos ao setor da eletricidade e do gás natural respetivamente, estabelecem as regras de acesso às redes e às infraestruturas,

¹⁹¹ N.º 1 do artigo 9.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁹² Na al. a) do n.º 2 do artigo 9.º dos Estatutos da ERSE apenas constam cinco regulamentos relativos ao SEN, mas na página de internet da ERSE encontram-se publicados oito regulamentos.

Cf. <http://www.erse.pt/pt/electricidade/regulamentos/Paginas/default.aspx>, consultada em 22 de junho. Tendo em conta a atualização constante dessa página, seguiremos a sua informação.

¹⁹³ Na al. b) do n.º 2 do artigo 9.º dos Estatutos da ERSE apenas constam cinco regulamentos relativos ao SNGN, mas na página de internet da ERSE encontram-se publicados oito regulamentos.

Cf. <http://www.erse.pt/pt/gasnatural/regulamentos/Paginas/default.aspx>, consultada em 22 de junho. Tendo em conta a atualização constante dessa página, seguiremos a sua informação.

nomeadamente os aspetos técnicos e comerciais relativos ao acesso de terceiros às mesmas.

O Regulamento da Rede de Transporte estipula as condições técnicas de exploração da Rede Nacional de Transporte de Eletricidade, bem como as condições técnicas de ligação à mesma. O Regulamento da Rede de Distribuição cumpre os mesmos objetivos, com as necessárias adaptações às características próprias da rede.

O Regulamento Tarifário, existente tanto no setor da eletricidade como do gás natural, define a estrutura tarifária, nomeadamente os critérios e métodos para a formulação das tarifas, os proveitos permitidos das atividades reguladas do setor e os procedimentos de fixação, alteração e publicitação das tarifas reguladas.

O Regulamento de Relações Comerciais, existente em ambos os setores, estabelece as regras aplicáveis nas relações comerciais entre os vários intervenientes do Sistema Elétrico Nacional e do Sistema Nacional de Gás Natural.

O Regulamento da Qualidade de Serviço, existente no setor da eletricidade e do gás natural, tem por objetivo estabelecer os padrões de qualidade de serviço de natureza técnica e comercial aos quais os serviços prestados no âmbito do Sistema Elétrico Nacional e do Sistema Nacional de Gás Natural devem obedecer.

Por fim, o Regulamento de Mediação e Conciliação de Conflitos contém as regras relativas aos procedimentos de resolução de conflitos de natureza comercial emergentes do relacionamento

entre os operadores nos setores da eletricidade e do gás natural e entre esses e os respetivos consumidores.

4.2.2 Competências de regulação e supervisão

Na secção III abordam-se as competências de regulação e supervisão, ao abrigo das quais a ERSE pode adotar decisões individuais e concretas no controlo da atuação desenvolvida pelos agentes do setor¹⁹⁴.

Quanto à competência de regulação, cabe à ERSE estabelecer tarifas, velando pela sua aplicação¹⁹⁵. A competência de fixação das tarifas de acesso às redes é uma das mais importantes, uma vez que permite o acesso regulado dos vários intervenientes às redes de transporte e de distribuição de eletricidade e de gás natural, fomentando, deste modo, condições de concorrência e possibilitando a entrada de novos agentes económicos no mercado. A entrada destes novos agentes só é possível porque as tarifas e os preços que irão suportar são divulgadas anteriormente, garantindo-lhes segurança e fiabilidade no acesso. Por tal, esta é uma das competências melhor delimitadas pelo legislador. Senão vejamos, o cálculo e a fixação de tarifas reguladas, aplicáveis às várias atividades, ou seja, das tarifas de uso das redes de eletricidade e de gás natural, de armazenamento e terminal de GNL, no caso do gás natural, de uso global dos sistemas de eletricidade e de gás natural e de comercialização de último recurso, obedecem a princípios bem estipulados. Desses

¹⁹⁴ Cf. RODRIGO VARELA MARTINS, *Os Poderes de Regulação da ERSE*, p. 91.

¹⁹⁵ N.º 1 do artigo 11.º e artigo 12.º dos Estatutos da ERSE e al. b) do artigo 40.º da Lei n.º 67/2013.

princípios salientamos (i) igualdade de tratamento e de oportunidades; (ii) uniformidade, no sentido em que haja uma aplicação universal; (iii) transparência; (iv) proteção dos clientes face à evolução das tarifas; (v) equilíbrio económico e financeiro das atividades; (vi) criação de incentivos às atividades visando um desempenho eficiente¹⁹⁶. Algumas destas tarifas são cobradas diretamente ao consumidor. Ora vejamos, o comercializador em mercado livre paga, por exemplo, uma tarifa de acesso às redes de distribuição, repercutindo-a no preço acordado com o consumidor no contrato de fornecimento de eletricidade e/ou de gás natural, celebrado em regime de mercado livre¹⁹⁷.

Relativamente à competência de supervisão, a ERSE deve fiscalizar a aplicação de leis e normas aplicáveis que regulam o funcionamento e a organização dos setores regulados, assim como assegurar a aplicação das leis e regulamentos no âmbito das suas atribuições; deve emitir ordens, recomendações e autorizações e exigir das entidades reguladas as informações necessárias ao exercício das suas funções¹⁹⁸. Por outras palavras, incumbe à ERSE a monitorização da atividade das entidades reguladas, sendo que para o efeito pode desenvolver atividades de fiscalização, inquéritos e auditorias¹⁹⁹.

Com o processo de liberalização dos mercados da eletricidade e do gás natural, as tarifas reguladas de venda a clientes finais terminaram no final do ano 2012. Nessa data, todos os

¹⁹⁶ Artigos 61.º do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e 55.º do Decreto-Lei n.º 230/2012.

¹⁹⁷ Cf. JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, "Responsabilidade dos Reguladores na Fixação e Controlo das Tarifas", *Revista de Ciências Jurídicas e Económicas*, p. 55-56.

¹⁹⁸ N.º 2 do artigo 11.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁹⁹ Artigos 13.º e 14.º dos Estatutos da ERSE.

consumidores, exceto os consumidores mais vulneráveis que gozam de um regime especial, deveriam celebrar contratos de fornecimento de eletricidade e/ ou de gás natural com um comercializador em regime livre. Não obstante, o legislador previu dois períodos transitórios (até ao final do ano 2014 e até ao final do ano 2015, aplicáveis conforme a potência no caso da eletricidade e o consumo no caso do gás natural), durante os quais os consumidores domésticos que o desejem poderão continuar a usufruir das tarifas reguladas fixadas pela ERSE. Assim, todos os consumidores domésticos com potência contratada igual ou superior a 10,35 kVA, no caso da eletricidade, e com um consumo anual superior a 500 metros cúbicos, no caso do gás natural, serão obrigados a transitar para o mercado livre até ao final do ano 2014. Os restantes poderão usufruir do regime transitório até ao final do ano 2015, data em que todos os consumidores transitarão decisivamente para o mercado livre. Não obstante, ressalvam-se os consumidores mais vulneráveis, que findo o período transitório poderão continuar a ser fornecidos pelo comercializador de último recurso ou optar por contratar no mercado, mantendo em qualquer dos casos, o direito aos descontos previstos na tarifa social e no Apoio Social Extraordinário ao Consumidor de Energia.

Relativamente à competência de supervisão, a ERSE deve fiscalizar o cumprimento das leis e normas aplicáveis que regulam o funcionamento e organização dos setores regulados, assim como assegurar a aplicação das leis e regulamentos no âmbito das suas atribuições; deve emitir ordens, recomendações e autorizações e exigir das entidades reguladas

as informações necessárias ao exercício das suas funções²⁰⁰. Por outras palavras, incumbe à ERSE a monitorização da atividade das entidades reguladas, sendo que, para o efeito, pode desenvolver atividades de fiscalização, inquéritos e auditorias²⁰¹.

4.2.3 Competência consultiva

A competência consultiva da ERSE radica na emissão de pareceres não vinculativos. Além daqueles que são legalmente exigidos, a ERSE tem que emitir pareceres quando tal lhe é solicitado por diversas entidades públicas, tais como a Autoridade da Concorrência, a DGEG, a Direção-Geral do Consumidor e a Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários ou ainda pelos tribunais²⁰². A Assembleia da República e o Governo podem pedir consultas e pareceres à ERSE respeitantes, por exemplo, a iniciativas legislativas²⁰³.

4.2.4 Competência sancionatória

Estão sujeitos ao poder sancionatório da ERSE todas as entidades intervenientes no Sistema Elétrico Nacional e no Sistema Nacional de Gás Natural, cujas atividades estejam sujeitas à regulação da ERSE. O regime sancionatório do setor energético é objeto de diploma próprio: a Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro. Este regime conferiu à ERSE verdadeiros poderes de

²⁰⁰ N.º 2 do artigo 11.º dos Estatutos da ERSE.

²⁰¹ Artigos 13.º e 14.º dos Estatutos da ERSE.

²⁰² Artigo 15 dos Estatutos da ERSE.

²⁰³ Artigo 16.º dos Estatutos da ERSE.

natureza sancionatória, até então inexistentes²⁰⁴, para que possa exercer de forma efetiva a sua atividade de regulação setorial.

Ao abrigo deste regime, compete à ERSE processar e punir as infrações administrativas à legislação aplicável aos setores da eletricidade e do gás natural e ainda aos regulamentos cuja aplicação lhe compete, nomeadamente os regulamentos por si aprovados. A instrução dos processos contraordenacionais compete à ERSE, devendo os mesmos ser decididos pelo seu Conselho de Administração, ao qual cabe ainda determinar a aplicação de coimas e sanções acessórias²⁰⁵. Para que possa decidir de acordo com os princípios de direito, deve dispor de determinados poderes, existentes no direito penal, como, por exemplo, de inquérito, de inspeção, a realização de buscas domiciliárias e a apreensão de documentos.

Na nossa opinião, além do reconhecimento da ERSE enquanto entidade administrativa com verdadeiros poderes sancionatórios, o aspeto mais importante deste regime foi a tipificação de determinadas condutas como contraordenações e a sua gradação entre muito graves, graves e leves, todas punidas com coima.

Constituem, entre outras, contraordenações muito graves no âmbito do Sistema Elétrico Nacional e no Sistema Nacional de

²⁰⁴ Numa pesquisa efetuada em 2010, PEDRO GONÇALVES (coord.), *Contencioso da Regulação em Portugal – Relatório de Pesquisa e Análise da Jurisprudência sobre Regulação Pública*, p. 127, concluíram os autores que não existiam elementos relativos ao contencioso da ERSE, tendo justificado esta circunstância pelo facto da mesma não dispor dos instrumentos necessários para exercer os poderes que lhe estão confiados por lei.

²⁰⁵ Artigo 5.º da Lei n.º 9/2013.

Gás Natural²⁰⁶, (i) a violação por parte dos operadores das redes do dever de não discriminação ou de igualdade de tratamento entre os utilizadores das respetivas redes; (ii) a violação dos deveres legalmente impostos de separação jurídica e patrimonial; (iii) a cobrança de tarifas reguladas acima das fixadas; (iv) a violação dos princípios da não discriminação e transparência por parte das entidades concessionárias ou licenciadas, relativamente ao acesso de terceiros às redes; (v) o não cumprimento pelo comercializador de último recurso das obrigações de fornecimento de eletricidade; (vi) a violação do dever de assegurar a manutenção das infraestruturas em condições de segurança e de fiabilidade; (vii) a interrupção de fornecimento por parte do comercializador nos casos não excecionados na lei; e (viii) o não cumprimento das obrigações previstas na lei relativamente aos consumidores mais vulneráveis. Quanto a nós, é possível dividir estas contraordenações em dois grandes grupos: a violação dos princípios de inspiração europeia relacionados com o processo de liberalização do setor energético (primeiras quatro contraordenações) e o incumprimento de obrigações de serviço público (últimas quatro contraordenações).

Quanto às contraordenações graves²⁰⁷, evidencia-se (i) a falta de prestação de informações relevantes para o acesso à rede de distribuição por parte dos operadores da mesma; (ii) a violação por parte dos operadores da rede de distribuição da obrigação de elaboração do programa de conformidade; (iii) a violação por parte do comercializador do dever de apresentação de proposta

²⁰⁶ N.º 1 dos artigos 28.º e 29.º da Lei n.º 9/2013.

²⁰⁷ N.º 2 dos artigos 28.º e 29.º da Lei n.º 9/2013.

de fornecimento de eletricidade e/ou de gás natural a quem o solicite; (iv) a criação de obstáculos à mudança de comercializador pelo consumidor; (v) a violação dos deveres de independência por parte do operador logístico de mudança de comercializador e do comercializador de último recurso. Também aqui é possível fazer uma divisão. As primeiras duas contraordenações e a última são claramente um reflexo das mudanças instigadas pelo processo de liberalização. A quarta também o é, mas a sua aplicabilidade abrange ainda a temática da proteção dos direitos dos consumidores, fortemente presente no âmbito deste regime sancionatório. A terceira contraordenação é uma manifestação clara da preocupação do legislador em tipificar comportamentos lesivos dos direitos dos consumidores, aqui punidos sob forma de contraordenação, mediante a aplicação de coimas.

4.2.5 Competência de resolução de conflitos

Por fim, a secção VI prende-se com a resolução de conflitos. A ERSE é competente para a resolução de conflito entre os operadores sujeitos à regulação da ERSE, ou entre eles e os seus clientes ou terceiros. Neste âmbito, a ERSE deve efetuar ações de conciliação ou promover o recurso à arbitragem e tomar conhecimento das queixas dos clientes, adotando as providências necessárias²⁰⁸. A arbitragem deve ser fomentada por parte da ERSE para a resolução dos conflitos emergentes dos contratos entre as entidades intervenientes nos setores

²⁰⁸ N.º 1 do artigo 20.º dos Estatutos da ERSE.

regulados e os consumidores, designadamente entre estes e os comercializadores no âmbito do fornecimento de energia²⁰⁹.

4.3 Organização da ERSE

Os órgãos da ERSE são o Conselho de Administração, o Fiscal Único, o Conselho Consultivo e o Conselho Tarifário.

O Conselho de Administração é o órgão colegial responsável pela definição, orientação, condução e acompanhamento das atividades da ERSE²¹⁰. Os membros do Conselho de Administração devem cumprir um preceito rico em termos de incompatibilidade e impedimentos²¹¹, que visa garantir a independência deste órgão, cumprindo, desta forma, os requisitos introduzidos no direito nacional em conformidade com as diretivas de 2009. É órgão representativo, decisório e de direção. Compete-lhe, entre outras, (i) aprovar os regulamentos relativos aos setores regulados, necessários ao exercício das suas atribuições e competências, assim como os regulamentos internos; (ii) assegurar a elaboração dos pareceres que são requeridos à ERSE; (iii) gerir o património da ERSE; (iv) decidir os processos de contraordenação que ocorram ao abrigo do regime sancionatório, incluindo a aplicação de coimas e sanções acessórias²¹².

O Fiscal Único é o órgão da ERSE responsável pelo controlo da legalidade e do mérito da gestão financeira e patrimonial da ERSE, bem como de consulta do Conselho de Administração

²⁰⁹ N.º 1 do artigo 22.º dos Estatutos da ERSE.

²¹⁰ Artigo 27.º dos Estatutos da ERSE.

²¹¹ Artigo 29.º dos Estatutos da ERSE.

²¹² Artigo 31.º dos Estatutos da ERSE.

nesse domínio²¹³. Deve, designadamente, (i) fiscalizar o cumprimento das leis e regulamentos relativos a matérias da gestão financeira e patrimonial da ERSE, bem como a execução orçamental e a situação económica, financeira e patrimonial da ERSE; (ii) examinar as contas da ERSE, controlando a observância das normas contabilísticas; (iii) pronunciar-se sobre todas as questões que lhe sejam colocadas pelo Conselho de Administração²¹⁴.

O Conselho Consultivo é o órgão de consulta na definição das linhas gerais de atuação da ERSE e nas deliberações adotadas pelo conselho de administração²¹⁵. Compete-lhe, entre outras, a emissão de pareceres não vinculativos nas situações descritas pelas alíneas do n.º 1 do artigo 43.º dos Estatutos da ERSE, das quais destacamos o plano de atividades, o orçamento anual da ERSE e os regulamentos tarifários.

O Conselho Tarifário é o órgão consultivo específico para as funções da ERSE relativas a tarifas e preços²¹⁶. Neste sentido, compete-lhe emitir pareceres sobre a aprovação e revisão dos regulamentos tarifários, bem como sobre a fixação de tarifas e preços²¹⁷.

4.4 Independência da ERSE

A ERSE é formalmente independente no exercício das suas funções, não estando sujeita a superintendência ou a tutela

²¹³ Artigo 35.º dos Estatutos da ERSE.

²¹⁴ Artigo 38.º dos Estatutos da ERSE.

²¹⁵ Artigo 40.º dos Estatutos da ERSE.

²¹⁶ Artigo 45.º dos Estatutos da ERSE.

²¹⁷ Artigo 48.º dos Estatutos da ERSE.

governamental²¹⁸. Para que a independência da ERSE possa ser considerada efetiva, deve cumprir seis requisitos: (i) dispor de autonomia administrativa e financeira; (ii) dispor de autonomia de gestão; (iii) possuir independência orgânica, funcional e técnica; (iv) possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio; (v) ter poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações; e (vi) garantir a proteção dos direitos e interesses dos consumidores. Importa agora pormenorizar cada um destes requisitos, sem prejuízo do que já foi anteriormente exposto. Neste sentido, não abordaremos aqui os requisitos (v) e (vi), uma vez que já foram extensivamente analisados anteriormente.

4.4.1 Autonomia administrativa, financeira e de gestão

No que respeita à autonomia administrativa e financeira e de gestão, cumpre afirmar que a ERSE dispõe de autonomia orçamental²¹⁹. De acordo com o n.ºs 1 e 2 do artigo 34.º da Lei n.º 67/2013, as entidades reguladoras podem cobrar contribuições, taxas ou tarifas às empresas e outras entidades sujeitas aos seus poderes de regulação. Desta forma, entre outras, a ERSE vai arrecadando receitas próprias, de modo a observar o princípio de autossuficiência a que está sujeita²²⁰. Por outro lado, cabe ao Conselho de Administração da ERSE

²¹⁸ N.º 2 do artigo 2.º dos Estatutos da ERSE.

²¹⁹ N.º 1 do artigo 49.º-A dos Estatutos da ERSE.

²²⁰ Artigos 36.º da Lei n.º 67/2013 e 50.º dos Estatutos da ERSE.

elaborar o seu plano de atividades, orçamento e plano plurianual²²¹.

Ainda que o orçamento e respetivo plano plurianual, o balanço e o relatório e contas estejam sujeitos a aprovação dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças, note-se que esta prática é menos restritiva da independência do que sucedia anteriormente, consagrando um avanço nesta matéria. Ora vejamos, ao abrigo dos Estatutos, na versão anterior à redação do Decreto-Lei n.º 84/2013, competia ao Conselho de Administração elaborar um projeto de orçamento anual, o qual ficava sujeito à aprovação do Ministro da Economia e, posteriormente integrava o Orçamento de Estado. Gonçalo Anastácio entendia este facto como um forte constrangimento à atividade da ERSE, altamente limitador da sua independência²²². Aquando da elaboração do relatório e contas, a ERSE estava vinculada ao Plano Oficial de Contabilidade Pública, que acompanhadas por um relatório, tinham que ser submetidas à aprovação dos Ministros da Economia e das Finanças. Na redação vigente dos Estatutos, a aprovação destes instrumentos considera-se tacitamente concedida no prazo de sessenta dias, tendo que existir uma decisão fundamentada em ilegalidade ou prejuízo para os fins da ERSE ou para o interesse público para que os mesmos possam ser recusados²²³.

²²¹ Artigo 51.º dos Estatutos da ERSE.

²²² Cf. GONÇALO ANASTÁCIO, "Regulação da Energia", *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, p. 328.

²²³ N.º 6 do artigo 45.º da Lei n.º 67/2013 e n.ºs 3 e 4 do artigo 58.º dos Estatutos da ERSE.

4.4.2 Independência orgânica, funcional e técnica

A ERSE é formalmente independente orgânica, funcional e tecnicamente. Neste âmbito, releva o extenso regime dos impedimentos e incompatibilidades aplicável aos membros do Conselho de Administração²²⁴, ao qual acresce a aplicação do regime de incompatibilidades dos funcionários da Administração Pública a todos os trabalhadores²²⁵. Os Estatutos da ERSE são exigentes quanto às qualificações técnicas e profissionais que os membros do Conselho de Administração devem ter, de modo a exercerem as suas funções de uma eficiente e autónoma.

O presidente do Conselho de Administração e os vogais do mesmo órgão são designados pelo Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro da Energia, o que, quanto a nós, poderá levantar questões sobre a efetiva independência da ERSE, porquanto não existe um processo de escolha verdadeiramente independente, isto é, destacado das opções políticas²²⁶. Não obstante, estabelece o n.º 1 do artigo 58.º dos Estatutos da ERSE, que o Governo não pode dirigir recomendações ou emitir diretivas ao Conselho de Administração da ERSE sobre a atividade reguladora, nem sobre as prioridades a adotar na respetiva prossecução.

Na nossa opinião, o requisito “possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio” não pode ser analisado de forma destacada. Consideramos que, para que haja uma verdadeira independência funcional e técnica, as entidades reguladoras devem estar capacitadas com recursos humanos e meios

²²⁴ Artigo 29.º dos Estatutos da ERSE.

²²⁵ N.º 5 do artigo 54.º dos Estatutos da ERSE.

²²⁶ Artigo 17.º da Lei n.º 67/2013.

adequados. Apenas desta forma poderão prosseguir a sua missão e cumprir os seus objetivos.

Posto isto, a ERSE dispõe de serviços e pessoal suficiente para a prossecução das suas atribuições²²⁷. O seu património próprio é constituído pelos bens, direitos e obrigações de conteúdo económico, adquiridos por si e afetos pelo Estado, na medida em que estejam sob a sua administração²²⁸.

4.4.3 A atribuição de independência a entidades reguladoras

Não obstante a proclamação formal da independência das entidades reguladoras, designadamente da ERSE, e do reconhecimento da importância da sua existência no âmbito do setor energético, tal como advogámos *supra*, alguns autores, especialmente economistas, têm-se debruçado sobre as desvantagens da atribuição de independência a entidades reguladoras.

O fenómeno mais relevante nesta temática é o da “captura” das entidades reguladoras, que ocorre quando os operadores do setor procuram influenciar as políticas regulatórias de modo a que as mesmas sejam coincidentes, ou pelo menos não choquem, com os seus interesses. Defendem alguns autores que as entidades reguladoras independentes estão particularmente vulneráveis a este fenómeno²²⁹, ainda que a exposição a este risco seja inerente ao objetivo pelo qual as

²²⁷ Artigos 53.º e 54.º dos Estatutos da ERSE.

²²⁸ Artigo 35.º da Lei n.º 67/2013 e artigo 49.º-B dos Estatutos da ERSE.

²²⁹ Cf. KATJA SANDER JOHANNSEN, *Regulatory Independence in Theory and Practice – a Survey of Independent Energy Regulators in Eight European Countries*, p. 25.

mesmas foram criadas e às atribuições que prosseguem. Existe “captura” quando as políticas regulatórias implementadas são influenciadas pelos interesses dos operadores de mercado, devido às ações encetadas para esse efeito. Evidentemente devem ser adotadas medidas para proteger as entidades de quaisquer influências exteriores, mas, na realidade, esta tarefa é muito complexa, até porque, em alguns casos, a influência pode vir do seio da própria entidade, como veremos adiante. Uma forma de mitigar os efeitos da “captura” será mediante o aumento da transparência na sua atuação, ainda que não seja suficiente para eliminar os riscos.

Afirmou-se, acima, que em alguns casos a influência não é externa, mas interna. Esta realidade relaciona-se com o facto de haver uma movimentação de pessoal entre o regulador e os operadores económicos de um determinado setor. A área energética é especialmente propensa a este fenómeno, uma vez que exige uma formação específica e uma especialização técnica que poucos têm²³⁰, o que limita (ou elimina, de todo) o universo de recursos humanos que podem integrar o regulador sem que tenham anteriormente estado vinculados a uma empresa do setor. Esta movimentação de pessoal poderá originar a defesa de interesses da indústria, e não tanto do interesse público, nomeadamente quanto ao cumprimento das obrigações de serviço público e à proteção dos direitos dos consumidores.

Em suma, em termos simples, o fenómeno de “captura” das entidades reguladoras corresponde a uma forma de corrupção direcionada para entidades com características específicas, ou

²³⁰ Cf. KATJA SANDER JOHANNSEN, *Regulatory Independence in Theory and Practice – a Survey of Independent Energy Regulators in Eight European Countries*, p. 25.

seja, direcionada para entidades reguladoras, com o objetivo de influenciar as suas políticas e regulamentos de modo a que os mesmos contemplem os interesses da indústria e dos próprios operadores económicos.

Um segundo aspeto relacionado com a independência das entidades reguladoras tem que ver com a sua legitimidade. Desde logo, os seus órgãos não são eleitos pelo eleitorado, pelo que alguns autores questionam a sua legitimidade democrática²³¹. Por lado, assume-se que estas entidades atuam com imparcialidade, regulando os respetivos setores e tomando decisões com base em critérios racionais e imparciais. Pela sua natureza, e considerando os seus objetivos, as entidades reguladoras devem pautar a sua atuação pela prossecução do interesse público. Contudo, e como descrevemos acima, isto nem sempre sucede.

4.5 *Accountability*

Por fim, a atividade da ERSE está sujeita à jurisdição administrativa, sendo as suas decisões no âmbito dos processos contraordenacionais suscetíveis de impugnação. Para que haja um controlo efetivo da atividade e das decisões da ERSE, deve esta entidade observar responsavelmente o princípio da transparência e da publicidade. Para tal, deverão as suas decisões ser fundamentadas objetivamente e publicados todos os elementos e atos relevantes, nomeadamente os que constam das alíneas do artigo 48.º da Lei n.º 67/2013.

²³¹ Cf. KATJA SANDER JOHANNSEN, *Regulatory Independence in Theory and Practice – a Survey of Independent Energy Regulators in Eight European Countries*, p. 26.

No que toca à impugnação de sanções aplicadas no âmbito de processos contraordenacionais, é competente o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, ao passo que a fiscalização da atividade regulatória exercida pela ERSE compete ao Tribunal de Contas²³².

Cumpra ainda mencionar que a ERSE, os titulares dos seus órgãos e os seus trabalhadores podem ser responsabilizados juridicamente, na medida em que respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos atos e omissões praticados no exercício das suas funções²³³.

²³² Artigos 61.º e 62.º dos Estatutos da ERSE.

²³³ N.º 1 do artigo 60.º dos Estatutos da ERSE.

V Conclusões

A abertura progressiva do mercado energético às regras concorrenciais tem sido um processo complexo, que encontrou variados obstáculos ao longo da sua implementação. A criação de um mercado de eletricidade e do gás natural competitivo, seguro e ambientalmente sustentável, no qual não existam discriminações entre as empresas que nele atuam foi, quanto a nós, o grande objetivo do processo de liberalização.

Com as primeiras diretivas europeias para a eletricidade e para o gás natural, de 1996 e 1998, respetivamente, foram dados os primeiros passos no processo de liberalização, mediante o estabelecimento das regras basilares. Antes da aprovação das diretivas de 2003 foram identificados os benefícios, as deficiências e os obstáculos encontrados durante o período de transposição e aplicação das diretivas anteriores. Ao abrigo das diretivas de 2003, foi aprofundado o processo de *unbundling*, tendo-se passado da mera separação contabilística para a separação jurídica dos operadores intervenientes nos setores da eletricidade e do gás natural. Contudo, os benefícios associados a esta separação só seriam verdadeiramente alcançados aquando da aplicação das diretivas de 2009, que impuseram a separação patrimonial dos operadores das redes de transporte relativamente aos demais intervenientes do setor.

Hodiernamente existe uma efetiva separação da atividade de transporte de eletricidade e de gás natural das demais atividades das suas cadeias de valor. Esta constatação traduz o entendimento do legislador europeu quanto à necessidade de separação patrimonial, não apenas jurídica, para garantir que os

operadores das redes de transporte adotem comportamentos não discriminatórios perante terceiros com intenção de acesso às redes. A nosso ver, ainda que se justifiquem as exigências de independência quanto aos operadores das redes de distribuição, uma plena separação patrimonial não é exequível. Senão vejamos: a rede de transporte abrange todo o território, tendo assim uma cobertura nacional, ao passo que as redes de distribuição são regionais, abarcando apenas partes do território. Exigir que as empresas de distribuição regionais, algumas de pequena dimensão, se separem patrimonialmente dos grupos empresariais em que estão integradas, seria exigir-lhes um enorme esforço económico, de gestão e de organização funcional e corporativa.

A liberalização plena das atividades de produção de eletricidade, de aprovisionamento de gás natural e de comercialização em mercado livre de eletricidade e de gás natural é o resultado mais claro do esforço de integração dos mercados nacionais e de construção de um mercado único energético. Recorde-se que um dos objetivos que esteve na génese do mercado interno europeu, e do consequente processo de liberalização, foi a possibilidade de garantir aos consumidores um verdadeiro direito de escolha relativamente ao comercializador de eletricidade e de gás natural. A nosso ver, atualmente, esse direito pode ser exercido de forma real, eficaz e fácil. Ainda que não se possa afirmar de forma perentória que uma das consequências imediatas e diretas da liberalização do mercado energético foi a diminuição dos preços da eletricidade e do gás natural, esta tendência é suportada por estudos económicos: *"studies indicate that in liberalised energy markets the*

difference between production and end-consumer prices is smaller than in non-liberalised markets. This demonstrates that consumers pay less for energy in liberalised markets than what they would pay in markets where there is no competition”²³⁴.

Contudo, é importante lembrar que a liberalização do mercado não é suscetível de influenciar dois dos aspetos que compõem o preço da eletricidade e do gás natural: o preço das fontes dessas energias e os impostos aplicáveis.

Como vimos, em Portugal, estamos a atravessar um período transitório, ao abrigo do qual os consumidores ainda não estão obrigados a ser fornecidos por comercializadores em mercado livre. Não obstante, todos os novos contratos (as chamadas “entradas diretas”) têm que ser, obrigatoriamente, celebrados em mercado livre. Excecionam-se, naturalmente, os consumidores mais vulneráveis que poderão continuar a usufruir das tarifas reguladas, fixadas pela ERSE. Todavia, a imposição de tarifas reguladas a que os consumidores mais vulneráveis têm acesso deverá ser a exceção e não a regra num ambiente concorrencial.

A introdução de regras concorrenciais também promoveu o investimento em infraestruturas por parte dos agentes económicos o que, por si, aumentou a segurança no aprovisionamento e no abastecimento²³⁵, beneficiando os consumidores da União Europeia. Por outro lado, permitiu um maior envolvimento por parte das empresas neste setor, impulsionado pela abertura a novos mercados, o que aumentou

²³⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Questions and Answers – Energy Policy*, p. 2.

²³⁵ COMISSÃO EUROPEIA, *Perspetivas para o Mercado Interno do Gás e da Eletricidade*, pp. 4-5.

consideravelmente o seu leque de potenciais clientes, e, desta forma, a segurança do abastecimento. Uma maior concorrência tem garantido aos consumidores uma maior liberdade de escolha entre comercializadores e contratos a firmar, potenciando a diminuição dos preços face a uma maior oferta.

As obrigações de serviço público foram acompanhando todo o processo de liberalização do mercado energético. Uma das obrigações de serviço público mais relevantes no mercado liberalizado é a de garantir que todos os cidadãos podem aceder a eletricidade e a gás natural e que esse acesso deve ser garantido a preços razoáveis. Como vimos, a preocupação constante com a garantia de obrigações de serviço público está diretamente relacionada com aspetos deste setor que as regras de concorrência, por si só, não são suscetíveis de prover. A título exemplificativo, pense-se no incentivo económico que um operador da rede de distribuição de gás natural tem em fornecer áreas geográficas recônditas, com uma população diminuta. Nestes casos, o incentivo para construir infraestruturas, ramais de gás natural, é quase inexistente. Contudo, devido à obrigação de garantir o fornecimento de todos os consumidores, essas infraestruturas têm vindo a ser construídas e os consumidores podem, dessa forma, aceder a gás natural.

A fiscalização do cumprimento das obrigações de serviço público é, na nossa opinião, uma das atribuições mais relevantes das entidades reguladoras. Para que essa função seja prosseguida de forma eficaz, é essencial que estas obrigações sejam claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e controláveis. Quer isto dizer que as obrigações devem ser estabelecidas num momento prévio, devem ser aplicáveis de

uma forma equitativa a todos os consumidores e as entidades reguladoras devem dispor de meios suficientes para observar o comportamento dos agentes do mercado relativamente ao cumprimento destas obrigações. Acresce que uma competência fiscalizadora não é suficiente. Se as entidades reguladoras detetarem a ocorrência de casos de inobservância destas obrigações, devem dispor de meios adequados para sancionar tais comportamentos, de modo a que o incumprimento não se converta numa prática comum, vista como inconsequente e não punível.

Uma entidade reguladora é melhor descrita como um cão de guarda (*"a watchdog"*²³⁶). É fulcral, para o desempenho das suas funções, que as entidades reguladoras sejam independentes não só do poder político, mas também das empresas que atuam nos setores da eletricidade e do gás natural. Para tal, não devem estar sujeitas a tutela governamental, nem a pressões por parte dos intervenientes do setor. Ainda que as entidades reguladoras possam revestir configurações diferentes nos vários Estados-Membros, partilham uma génese comum: a competência decisória que lhes é atribuída de forma independente do poder governamental.

O reforço das competências e dos poderes das entidades reguladoras acompanhou o esforço de liberalização impulsionado pela União Europeia e transposto para os Estados-Membros. Assistiu-se a um aparente paradoxo: quão mais liberalizado se foi tornando o mercado, mais fortes se foram tornando os poderes e as competências das entidades

²³⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Questions and Answers – Energy Policy*, p. 5.

reguladoras. A grande questão, à qual esta dissertação procurou responder, é “por que motivo há mais regulação num mercado mais liberalizado?”. Os mercados da eletricidade e do gás natural foram tradicionalmente controlados por empresas estatais, detentoras de monopólios. Naturalmente, essas empresas não tinham interesse em perder a sua quota de mercado. Por tal, foi necessário impor rigorosas regras de independência e de separação jurídica e patrimonial para que fosse possível permitir a entrada de novos operadores no mercado energético. Ora, a imposição deste tipo de regras tem que ser acompanhada por uma autoridade com poderes bastantes para obrigar os intervenientes no mercado a implementá-las e a cumpri-las. Mais, e como já analisámos acima, é fundamental que haja uma entidade com poderes regulatórios e sancionatórios que acompanhe o cumprimento, por parte dos agentes do mercado, das suas obrigações de serviço público, sob pena de violação dos direitos dos consumidores no âmbito do mercado energético.

Em suma, e para finalizar, a regulação tem acompanhado a liberalização por forma a garantir determinados objetivos que as regras de concorrência, por si só, não seriam capazes de garantir, designadamente a proteção dos direitos dos consumidores e a não adoção de comportamentos abusivos e predatórios no relacionamento entre os diversos intervenientes nos mercados da eletricidade e do gás natural.

Por fim, importa salientar que, sem prejuízo de alguns eixos preferenciais, como por exemplo o mercado ibérico da eletricidade e do gás natural, na nossa opinião, ainda não foi alcançado um verdadeiro mercado interno, na conceção

defendida pela União Europeia: “*the internal market is a market where gas and electricity can freely be traded across borders*”²³⁷, uma vez que, na realidade, o volume de trocas transfronteiriças é muito diminuto.

²³⁷ GÜNTHER OETTINGER, *The Importance of ACER for the Internal Energy Market*, p. 2.

VI Bibliografia

1. Artigos e livros

- ANTÓNIO CARLOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2011
- ANTÓNIO DOMINGUES, AMANDA FALCÃO, ET AL., “Funcionamento Operacional do SNGN no Âmbito do Enquadramento Regulamentar da ERSE”, *A Regulação da Energia em Portugal – 1997-2007*, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Lisboa, s.n., 2008
- BRAM DELVAUX, MICHAEL HUNT e KIM TALUS, *EU Energy Law and Policy Issues*, Bruxelas, Euroconfidentiel, 2008
- CARLA MARTINS BRANCO, “Transposição do Terceiro Pacote Energético - O Que Vai Mudar?”, *Indústria e Ambiente*, n.º 69, 2011
- DAVID BUCHAN, “Crusading Against Vertical Integration”, *Oxford Energy Comment*, Oxford Institute for Energy Studies, 2007
- DAVID BUCHAN, “Europe’s Misshapen Market: Why Progress Towards a Single Energy Market is Proving Uneven”, *Oxford Energy Comment*, Oxford Institute for Energy Studies, 2012
- EDUARDO PAZ FERREIRA e LUÍS SILVA MORAIS, “A Regulação Setorial da Economia – Introdução e Perspetiva Geral”, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*,

- Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio (coord.), Coimbra, Almedina, 2009
- ERNESTO DAL BÓ, *Regulatory Capture: A Review*, Oxford Review of Economic Policy, vol. 22, n.º 2, 2006
 - FRANCISCO DA CUNHA FERREIRA e JOÃO LOURO E COSTA, “O Sistema Elétrico Português e as Recentes Alterações ao seu Regime Jurídico”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 34, 2013
 - GONÇALO ANASTÁCIO e JOANA PACHECO, “As Taxas de Regulação Económica no Sector do Gás Natural”, *As Taxas de Regulação Económica em Portugal*, Sérgio Vasques (coord.), Coimbra, Almedina, 2008
 - GONÇALO ANASTÁCIO, “Regulação da Energia”, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio (coord.), Coimbra, Almedina, 2009
 - GÜNTHER OETTINGER, *The Importance of ACER for the Internal Energy Market*, Liubliana, 2011, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-144_en.htm?locale=en
 - GÜNTHER OETTINGER, *The New Governance for the Internal Energy Market and ACER*, Liubliana, 2011, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-145_en.htm?locale=en

- JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade dos Reguladores na Fixação e Controlo das Tarifas”, *Revista de Ciências Jurídicas e Económicas*, v. 4, 2012
- JOSÉ MANUEL MEIRIM, *Como Pesquisar e Referir em Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008
- KATJA SANDER JOHANNSEN, *Regulatory Independence in Theory and Practice – a Survey of Independent Energy Regulators in Eight European Countries*, Copenhagen, AKF Forlaget, 2003
- NEELIE KROES, *A New Energy Policy for a New Era*, Lisboa, 2006, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-06-648_en.htm
- NEELIE KROES, *The Interface between Regulation and Competition Law*, Hamburgo, 2009, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-202_en.htm?locale=en
- NUNO DE OLIVEIRA GARCIA e INÊS SALEMA, “As Taxas de Regulação Económica no Sector da Electricidade”, *As Taxas de Regulação Económica em Portugal*, Sérgio Vasques (coord.), Coimbra, Almedina, 2008
- PEDRO GONÇALVES (coord.), CATARINA GOUVEIA ALVES e ANA CLÁUDIA GUEDES, *O Contencioso da Regulação em Portugal – Relatório de Pesquisa e Análise da Jurisprudência sobre Regulação Pública*, Publicações CEDIPRE Online – 1, disponível em www.cedipre.fd.uc.pt, Coimbra, novembro de 2010

- PETER CAMERON, *Competition in Energy Markets*, 2.^a edição, Nova Iorque, Oxford University Press, Inc., 2007
- RODRIGO VARELA MARTINS, “Os Poderes de Regulação da ERSE”, *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, n.º 3, 2009
- ULRICH SCHOLZ e STEPHAN PURPS, “The Application of EC Competition Law in the Energy Sector”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n.º 1, 2010
- VITAL MOREIRA, “«Serviços de Interesse Económico Geral» e Mercado”, *A Mão Invisível – Mercado e Regulação*, Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, Coimbra, Almedina, 2003
- VITAL MOREIRA, “A Regulação do Gás Natural”, *A Mão Invisível – Mercado e Regulação*, Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, Coimbra, Almedina, 2003
- VÍTOR SANTOS, “A Regulação do Sector Energético em Portugal: Balanço e Novos Desafios”, *A Regulação da Energia em Portugal – 1997-2007*, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Lisboa, s.n., 2008
- WILLIAM J. NOVAK, “A Revisionist History of Regulatory Capture”, *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013

2. Documentos oficiais de entidades portuguesas, europeias e internacionais

- COMISSÃO EUROPEIA, *Abertura à Concorrência: Lançamento do Mercado Único Europeu no Setor do Gás Natural*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000
- COMISSÃO EUROPEIA, *Compreender as Políticas da União Europeia*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2013
- COMISSÃO EUROPEIA, *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os Setores Europeus do Gás e da Eletricidade (Relatório Final)*, COM (2006) 851 final, Bruxelas, 2007, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1399822402870&uri=CELEX:52006DC0851>
- COMISSÃO EUROPEIA, *Perspetivas para o Mercado Interno do Gás e da Eletricidade*, COM (2006) 841 final, Bruxelas, 2007, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1399823030714&uri=CELEX:52006DC0841>
- COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre os Progressos Realizados na Criação do Mercado Interno do Gás e da Eletricidade*, COM (2009) 115 final, Bruxelas, 2009, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1399833295681&uri=CELEX:52009DC0115>

- COMISSÃO EUROPEIA, *Uma Política Energética para a Europa*, COM (2007) 1 final, Bruxelas, 2007, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1399826727142&uri=CELEX:52007DC0001>
- CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL, *Os Serviços de Interesse Económico Geral (Estudos Sectoriais)*, Lisboa, Conselho Económico e Social, 2006
- CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL, *Os Serviços de Interesse Geral (Parte I)*, Lisboa, Conselho Económico e Social, 2006
- DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *Rethinking Poverty*, Nova Iorque, United Nations, 2009
- ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, *Resumo Informativo Mercado Liberalizado Eletricidade*, Janeiro 2014, disponível em <http://www.erse.pt/pt/electricidade/liberalizacaodosector/informacaosobreomercadoliberalizado/2014/Paginas/2014.aspx>
- ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, *Resumo Informativo Mercado Liberalizado Eletricidade*, Fevereiro 2014, disponível em <http://www.erse.pt/pt/electricidade/liberalizacaodosector/informacaosobreomercadoliberalizado/2014/Paginas/2014.aspx>

- ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, *Resumo Informativo Mercado Liberalizado Eletricidade*, Março 2014, disponível em <http://www.erse.pt/pt/electricidade/liberalizacaodosector/informacaosobreomercadoliberalizado/2014/Paginas/2014.aspx>
- ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, *Resumo Informativo Mercado Liberalizado Eletricidade*, Abril 2014, disponível em <http://www.erse.pt/pt/electricidade/liberalizacaodosector/informacaosobreomercadoliberalizado/2014/Paginas/2014.aspx>
- ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, *Resumo Informativo Mercado Liberalizado Eletricidade*, Maio 2014, disponível em <http://www.erse.pt/pt/electricidade/liberalizacaodosector/informacaosobreomercadoliberalizado/2014/Paginas/2014.aspx>
- ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, *Resumo Informativo Mercado Liberalizado Gás Natural*, 4.º Trimestre 2013, disponível em <http://www.erse.pt/pt/gasnatural/liberalizacaodosector/InfoMercadoLiberalizado/Paginas/default.aspx>
- ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, *Resumo Informativo Mercado Liberalizado Gás Natural*, 1.º Trimestre 2014, disponível em

<http://www.erse.pt/pt/gasnatural/liberalizacaodosector/InfoMercadoLiberalizado/Paginas/default.aspx>

- EUROPEAN COMMISSION, *2009-2010 Report on Progress in Creating the Internal Gas and Electricity Market*, Bruxelas, 2011, disponível em http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/legislation/doc/20100609_internal_market_report_2009_2010.pdf
- EUROPEAN COMMISSION, *Energising Europe: A Real Market with Secure Supply*, IP/07/1361, Bruxelas, 2007, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1361_en.htm
- EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/54/EC concerning the Common Rules for the Internal Market in Electricity*, COM (2007), 528 final, Bruxelas, 2007, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1399832834382&uri=CELEX:52007PC0528>
- EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/55/EC concerning the Common Rules for the Internal Market in Natural Gas*, COM (2007), 529 final, Bruxelas, 2007, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1399832975271&uri=CELEX:52007PC0529>

- EUROPEAN COMMISSION, *Prospects for the Internal Gas and Electricity Market*, SEC (2006) 1709, Bruxelas, 2007, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1399825891780&uri=CELEX:52006SC1709>
- EUROPEAN COMMISSION, *Questions and Answers – Energy Policy*, MEMO/07/362, Bruxelas, 2007, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-362_en.htm
- EUROPEAN COMMISSION, *The Regulatory Authorities*, Bruxelas, 2010, disponível em http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf
- EUROPEAN COMMISSION, *The Unbundling Regime*, Bruxelas, 2010, disponível em http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf
- EUROPEAN COMMISSION, *Towards a Single Energy Market in 2005*, IP/01/356, Bruxelas, 2001, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-356_en.htm

VII Anexos

1. Resumo cronológico da legislação mais relevante do setor da eletricidade

- Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de dezembro – abertura do setor elétrico à iniciativa privada
- Diretiva 90/377/CE, de 29 de junho – transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e eletricidade
- Diretiva 90/547/CE, de 29 de outubro – trânsito de eletricidade nas grandes redes
- Decreto-Lei n.º 7/91, de 8 de janeiro – transformação da EDP, E.P., em EDP, S.A.
- Decreto-Lei n.º 99/91, de 2 de março – regime jurídico do exercício das atividades de produção, transporte e distribuição de energia elétrica
- Decreto-Lei n.º 131/94, de 19 de maio – reestruturação da EDP, S.A.
- Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho – bases da organização do Sistema Elétrico Nacional
- Diretiva 96/92/CE, de 19 de dezembro – regras comuns para o mercado interno da eletricidade
- Diretiva 2003/54/CE, de 26 de junho – regras comuns para o mercado interno da eletricidade (revoga as Diretivas 90/547/CE, de 29 de outubro e 96/92/CE, de 19 de dezembro)

- Regulamento (CE) n.º 1228/2003, de 26 de junho – condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de eletricidade
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de outubro – Estratégia Nacional para a Energia
- Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro – princípios gerais relativos à organização e funcionamento do sistema elétrico nacional, ao exercício das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade e à organização dos mercados de eletricidade (transpõe a Diretiva 2003/54/CE, de 26 de junho e revoga o Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho)
- Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto – desenvolve os princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do sistema elétrico nacional, regulamentando o regime jurídico aplicável ao exercício das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade e à organização dos mercados de eletricidade
- Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho – regras comuns para o mercado interno da eletricidade (revoga a Diretiva 2003/54/CE, de 26 de junho)
- Regulamento (CE) n.º 714/2009, de 13 de julho – condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de eletricidade (revoga o Regulamento (CE) n.º 1228/2003, de 26 de junho)

- Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de outubro – princípios gerais relativos à organização e funcionamento do sistema elétrico nacional, ao exercício das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade e à organização dos mercados de eletricidade (transpõe a Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho e altera o Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro)
- Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro – desenvolve os princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do sistema elétrico nacional, regulamentando o regime jurídico aplicável ao exercício das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade e à organização dos mercados de eletricidade (altera o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto)

2. Resumo cronológico da legislação mais relevante do setor do gás natural

- Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de outubro – regime do serviço público de importação de gás natural liquefeito e gás natural, da receção, armazenagem e tratamento do gás natural liquefeito, da produção de gás natural e dos seus gases de substituição e do seu transporte e distribuição
- Diretiva 90/377/CE, de 29 de junho – transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e eletricidade

- Diretiva 91/296/CEE, de 31 de Maio – trânsito de gás natural nas grandes redes
- Diretiva 98/30/CE, de 22 de junho, regras comuns para o mercado de gás natural
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 150/98, de 23 de dezembro – introduz o gás natural no mercado energético português
- Decreto-Lei n.º 14/2001, de 27 de janeiro, regras comuns para a liberalização do mercado de gás natural (transpõe a Diretiva 98/30/CE, de 22 de junho)
- Diretiva 2003/55/CE, de 26 de junho – regras comuns para o mercado interno do gás natural (revoga as Diretivas 91/296/CE, de 31 de maio e 98/30/CE, de 22 de junho)
- Regulamento (CE) n.º 1775/2005, de 28 de setembro – condições de acesso às redes de transporte de gás natural
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de outubro – Estratégia Nacional para a Energia
- Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de fevereiro – princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do sistema nacional de gás natural, ao exercício das atividades de receção, armazenamento, transporte, distribuição e comercialização de gás natural, e à organização dos mercados de gás natural (transpõe a

Diretiva 2003/55/CE, de 26 de junho e revoga o Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de outubro)

- Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho – desenvolve os princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do sistema nacional de gás natural, regulamentando o regime jurídico aplicável ao exercício das atividades de transporte, armazenamento subterrâneo, receção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito, à distribuição e comercialização de gás natural e à organização dos mercados de gás natural
- Diretiva 2009/73/CE, de 13 de julho – regras comuns para o mercado interno do gás natural (revoga a Diretiva 2003/55/CE, de 26 de junho)
- Regulamento (CE) n.º 715/2009, de 13 de julho – condições de acesso às redes de transporte de gás natural (revoga o Regulamento (CE) n.º 1775/2005, de 28 de setembro)
- Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de outubro – princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do sistema nacional de gás natural, ao exercício das atividades de receção, armazenamento, transporte, distribuição e comercialização de gás natural, e à organização dos mercados de gás natural (transpõe a Diretiva 2009/73/CE, de 13 de julho e altera o Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de fevereiro)

- Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de outubro – desenvolve os princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do sistema nacional de gás natural, regulamentando o regime jurídico aplicável ao exercício das atividades de transporte, armazenamento subterrâneo, receção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito, à distribuição e comercialização de gás natural e à organização dos mercados de gás natural (altera o Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho)

VIII Índice

MENÇÕES DIVERSAS	CXLVII
RESUMO	CXLVII
ABSTRACT	CXLVII
I Introdução	1
II Enquadramento Geral	5
1. A evolução das funções do Estado na economia.....	5
2. O conceito de liberalização.....	9
3. O conceito de regulação	11
4. Os serviços públicos essenciais.....	13
5. A política energética.....	17
III A Liberalização dos Mercados da Eletricidade e do Gás Natural	19
1. O impulso europeu no movimento de liberalização dos mercados da eletricidade e do gás natural	19
1.1 A Diretiva 96/92/CE, de 19 de dezembro.....	21
1.2 A Diretiva 98/30/CE, de 22 de junho	23
1.3 As Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE, de 26 de junho	26
1.4 As Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, de 13 de julho.	31
2. Os mercados de eletricidade e de gás natural em Portugal	37
2.1 A história do setor da eletricidade	37

2.2	A história do setor do gás natural	41
2.3	A Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de outubro e os Decretos-Lei n.º 29/2006 e 30/2006, ambos de 15 de fevereiro	43
2.4	A transposição das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, de 13 de julho	49
2.5	O atual retrato dos setores da eletricidade e do gás natural.....	54
3.	Efeitos do processo de liberalização dos mercados da eletricidade e do gás natural	58
3.1	Evolução dos preços da eletricidade e do gás natural .	59
3.2	Direito de escolha do comercializador em regime de mercado livre.....	62
IV	As Entidades Reguladoras	67
1.	A génese europeia	67
1.1	O contributo das Diretivas 2003/54/CE e 2003/55/CE	68
1.2	O balanço das alterações.....	70
1.3	O ponto de viragem: as Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE.....	72
1.4	Conclusões	77
2.	As iniciativas europeias	78
2.1.	Conselho dos Reguladores Europeus da Energia (<i>Council of European Energy Regulators</i>).....	78
2.2	Grupo Europeu de Reguladores da Eletricidade e do Gás Natural (<i>European Regulators' Group for Electricity and Gas</i>)	79

2.3 Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia (<i>Agency for the Cooperation of Energy Regulators</i>).....	80
3. O caso português	82
3.1 A instituição e a evolução da ERSE	83
3.2 Finalidade da regulação e atividades sujeitas a regulação	85
4. A Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos	86
4.1 Atribuições da ERSE	87
4.2 Competências da ERSE	91
4.2.1 Competência regulamentar	91
4.2.2 Competências de regulação e supervisão	94
4.2.3 Competência consultiva	97
4.2.4 Competência sancionatória	97
4.2.5 Competência de resolução de conflitos	100
4.3 Organização da ERSE.....	101
4.4 Independência da ERSE	102
4.4.1 Autonomia administrativa, financeira e de gestão	103
4.4.2 Independência orgânica, funcional e técnica.....	105
4.4.3 A atribuição de independência a entidades reguladoras.....	106
4.5 <i>Accountability</i>	108
V Conclusões	110
VI Bibliografia.....	117

1. Artigos e livros	117
2. Documentos oficiais de entidades portuguesas, europeias e internacionais	121
VII Anexos	126
1. Resumo cronológico da legislação mais relevante do setor da eletricidade	126
2. Resumo cronológico da legislação mais relevante do setor do gás natural	128
VIII Índice	132